

PROCESSO Nº : 2.140-7/2010
INTERESSADO : COMPANHIA DE SANEAMENTO DA CAPITAL - SANECAP
ASSUNTO : CONSULTA
RELATOR : CONSELHEIRO WALDIR JÚLIO TEIS
PARECER Nº : 050/2011

Excelentíssimo Senhor Conselheiro:

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Carlos Roberto da Costa, Diretor Presidente da Companhia de Saneamento da Capital – SANECAP, às fls. 02 e 03-TC, indagando sobre a possibilidade de contratação de empresas responsáveis pela captura e transmissão de transações de cartões de crédito e débito, bem como sobre procedimentos de dispensa de licitação nos seguintes termos:

1) Sendo esta Companhia, uma empresa de economia mista de capital aberto, a mesma teria a possibilidade de credenciar, para a prestação de serviço em todos seus postos de atendimento, empresas que ofertam a captura e transmissão de transações dos Cartões de Crédito e Débito, sendo todas as empresas do seguimento no mercado?

2) Respeitando os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da propriedade e da probidade administrativa, fundamentada na Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), verificamos algumas hipóteses de dispensa de licitação, essas elencadas no art. 24, da referida lei. Diante de tais mecanismos jurídicos, questionamos se caberiam esses procedimentos em nossa Companhia?

Não foram juntados documentos complementares aos autos.

É o relatório.

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Em análise de admissibilidade realizada por esta Consultoria Técnica por meio do parecer nº 16/2010 foi considerado que a presente consulta não preencheu a totalidade dos pressupostos exigidos pelo art. 232, da Resolução 14/2007 (Regimento Interno do TCE/MT).

Naquela oportunidade entendeu-se que apesar de o gestor ser parte legítima para formular consulta, tratar-se de matéria de competência deste Tribunal e formulada em tese, não apresentava objetivamente os quesitos com indicação precisa da dúvida quanto à interpretação e aplicação de dispositivos legais e regulamentares, contrariando o disposto no art. 48 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (Lei Complementar nº 269, de 22 de janeiro de 2007), bem como o disciplinado no art. 232, III, do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução nº 14, de 2 de outubro de 2007).

Acompanhando o posicionamento desta Consultoria Técnica, o Ministério Público de Contas exarou Parecer de nº 1.975/2010, retornando os autos ao Conselheiro Relator em 26/03/2010, para as providências que julgasse necessárias.

Em 25/05/2011, tendo em vista a relevância e o interesse público do tema, conforme autoriza o parágrafo único, do art. 48, da Lei Complementar Estadual nº 269/2007 e § 2º, do art. 232, do Regimento Interno, o Conselheiro Relator determinou à Consultoria Técnica que respondesse o mérito das dúvidas aventadas pelo consulente.

Devolvidos os autos para análise de mérito por parte desta Consultoria Técnica, passa-se à apreciação, em tese, da consulta formulada.

2. DO MÉRITO

A indagação trata da possibilidade da Companhia de Saneamento da Capital – SANECAP contratar empresas operadoras de cartão de crédito visando disponibilizar

aos seus clientes mais esse meio de adimplemento das faturas, visando diminuir a inadimplência e facilitar o atendimento dos usuários.

Solicita, também, o entendimento deste Tribunal de Contas se as hipóteses de dispensa de licitação previstas no artigo 24 da Lei 8.666/93 podem ser utilizadas pela SANECAP nas suas contratações.

É importante ressaltar que este Tribunal de Contas ainda não se manifestou sobre as dúvidas ora aventadas.

2.1. Contratação de Empresa Operadora de Cartão de Crédito e Débito.

Destaca-se que a SANECAP é uma sociedade de economia mista e rege-se pelos ditames da Lei 6.404/1976, que dispõe sobre as sociedades por ações.

A SANECAP atua na distribuição de água e na coleta de esgoto dos habitantes da cidade de Cuiabá, sendo, portanto, uma empresa estatal prestadora de serviços públicos nos termos do disposto no artigo 175 da Constituição Federal.

A empresa cobra uma tarifa dos seus clientes como contraprestação pelos serviços prestados e, considerando tratar-se de um serviço essencial à população, é louvável qualquer iniciativa tendente a aumentar a arrecadação por meio da diminuição do inadimplemento, assim como facilitar o atendimento aos usuários. Principalmente nesses casos em que o inadimplemento pode dificultar ou diminuir a capacidade da empresa em realizar novos investimentos na melhoria dos serviços.

Nas operações com cartões de crédito e débito a empresa recebe o pagamento referente às suas transações de venda no prazo acordado com a operadora, que cobrará pela prestação do serviço uma tarifa em porcentagem do valor da operação. A vantagem para a empresa é que esta possui garantia de recebimento independente do adimplemento do titular do cartão com a operadora.

Não há na legislação brasileira qualquer norma que autorize ou vede que as empresas estatais aceitem cartão de crédito ou débito como meio de pagamento pelos serviços prestados;

A possibilidade de aceitar o pagamento das faturas pelo cartão de crédito ou débito de seus clientes é um ato de gestão da própria empresa que deve ser decidido pelos seus diretores, levando em consideração, dentre outros aspectos, o fluxo de caixa da empresa.

Essa alternativa de pagamento além de ser prática usual de mercado das empresas privadas prestadoras de serviços, também já é utilizada por empresas estatais prestadoras de serviços públicos, inclusive as que prestam o serviço em regime de monopólio, como no caso da empresa consulente.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública que presta o serviço postal e o correio aéreo nacional em regime de monopólio, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal, admite que o pagamento pelos seus serviços seja feito por meio do cartão de crédito ou débito de seus clientes¹.

Dessa forma, inclui-se no âmbito de discricionariedade de seus diretores autorizarem ou não o pagamento das faturas de água por meio do cartão de crédito ou débito, proporcionando maior facilidade para o pagamento tempestivo das faturas.

Ressalta-se, porém, que o pagamento por meio do cartão de crédito ou débito acarreta a cobrança de uma tarifa, em forma de porcentagem do valor autorizado a ser cobrada da SANECAP.

Entretanto, como bem exposto pelo consulente, a aceitação de mais esse meio de pagamento pode acarretar a diminuição da inadimplência e um aumento no faturamento da empresa.

¹ Na página dos Correios www.correios.com.br é possível consultar as formas de pagamento pelos serviços prestados.

Ademais, considerando que no Estado de Mato Grosso os custos de uma cobrança judicial e a delonga da marcha processual dificultam a recuperação dos créditos a baixos custos, alternativas mais baratas para diminuição da inadimplência devem ser testadas.

Conclui-se que a possibilidade de contratar empresas operadoras de cartão de crédito e débito é ato de gestão da empresa que deve ser decidido pelos seus diretores, considerando que não há normas gerais que autorizem ou vedem a contratação desse tipo de serviço.

2.2 – Aplicação das hipóteses de dispensa de licitação do artigo 24 da Lei 8.666/93 às contratações da SANECAP:

A Emenda Constitucional 19 de 4 de junho de 1998 alterou a redação do artigo 173 da Constituição Federal determinando que as entidades da Administração indireta exercentes de atividade econômica estariam sujeitas a regime jurídico específico no tocante às licitações. Esse artigo prevê que uma **lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais que explorem atividade econômica e dentre outros assuntos, disciplinará as licitações e contratações.**

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e

tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Todavia, o artigo 173 da Constituição em sua nova redação é uma norma de eficácia limitada, ou seja, depende da aprovação de uma lei para regulamentar a matéria, que até o presente momento não foi editada.

Segundo Marçal Justem Filho em sua obra “Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14 Edição, página 27, “supõe-se que a vontade do legislador reformador era de aliviar as restrições da Lei nº 8.666/93, relativamente a sociedades de economia mista e empresas públicas **exercentes de atividade econômica**. Mas a nova redação, por si só, não assegurou tal resultado. A questão apenas pode se resolver no âmbito da legislação infraconstitucional. Enquanto não for editado um estatuto de licitações da Administração indireta, a matéria continuará sob a disciplina da Lei nº 8.666/93”. (destaquei).

Arremata o citado autor na página 30 “que essas considerações se aplicam preponderantemente nos casos de intervenção do Estado no domínio econômico propriamente dito. Nesses casos é que se configurará a existência de um mercado regido pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. O agente administrativo atuará em igualdade de condições com os sujeitos privados, devendo submeter-se a idêntico regime jurídico – ao menos, em parcelas relevantes da sua atividade. Mas não estão presentes essas razões quando existir monopólio estatal. Se o sujeito integrante da Administração Pública for o único titular de uma certa atividade, não se poderá cogitar da incidência do art. 173 da CF/88. Não haverá particulares exercitando a mesma atividade, nem se poderá cogitar de um “mercado” no qual diferentes agentes exercitariam suas habilidades em regime de competição”. (grifei).

Para esse autor, como a mudança só ocorreu em relação as empresas estatais que exploram atividade econômica e em regime de competição com outras empresas de natureza privada, não são aplicadas às empresas estatais prestadoras de serviços

públicos como a SANECAP, uma vez que não houve alteração do artigo 175 da Constituição Federal nesse sentido.

O Tribunal de Contas da União possui entendimento consolidado de que as disposições da Lei 8.666/93 aplicam-se às empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme os acórdãos a seguir transcritos:

Acórdão 1.390/2004 – TCU Plenário Relator Ministro Marcos Bemquerer

9.1. (...) responder ao consulente que, enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que **explorem atividade econômica** de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório; (ressaltei).

Acórdão 34/2004 TCU-Plenário – Relator Ministro Marcos Bemquerer

4. Com efeito, importante ressaltar, antes de mais nada, que até ser instituído o regime jurídico de que trata o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias deverão se subsumir às regras de licitação previstas na Lei n. 8.666/1993, dentre as quais, a constante do art. 40, inciso XI, objeto da determinação desta Corte.

Acórdão 1854/2009 - Segunda Câmara – Relator Ministro Raimundo Carreiro.

7. Nesse diapasão, é ponto pacífico no âmbito desta Corte de Contas que essas empresas sujeitam-se à Lei de Licitações até a edição de lei que regulamente o mencionado comando constitucional (Acórdão 1268/2003 - TCU Plenário).

8. Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.

Dessa forma, as empresas públicas e sociedades de economia mista **continuam obrigadas a obedecer aos ditames da Lei 8.666/93**, inclusive por que há previsão expressa no parágrafo único do artigo primeiro da citada lei, a seguir transcrito:

Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único: Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Neste sentido, a Constituição Federal em seu artigo 37, XXI, dispõe que **ressalvados os casos disciplinados em lei**, é obrigatório a realização de processo de licitação quando a Administração Pública for contratar com terceiros.

Os casos em que não há necessidade de previamente licitar foram disciplinados nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação da Administração Pública. Mesmo nesses casos o gestor público está obrigado a seguir um procedimento administrativo destinado a assegurar a melhor escolha possível à Administração.

Este Tribunal de Contas possui entendimento nesse sentido consubstanciado na Resolução de Consulta nº 03/2007, disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br>>, como segue:

Resolução de Consulta nº 03/2007 (DOE 23/10/2007). Licitação. Dispensa. Processo Administrativo. Necessidade de formalização.

É indispensável a formalização de processo administrativo na contratação de bens ou serviços mediante dispensa de licitação (inclusive quando se tratar de valor inferior a R\$ 8.000,00). Esse critério visa assegurar o cumprimento dos princípios atinentes à licitação e das exigências gerais previstas na Lei nº 8.666/1993.

Os casos de dispensa de licitação previstos no artigo 24 da Lei 8.666/93 são *numerus clausus*, ou seja, são taxativos. O administrador público não pode aplicar a dispensa de licitação fora dos casos previstos nesse artigo.

Analisando o artigo 24 da Lei 8.666/93 e seus 31 incisos constata-se que a contratação de empresa operadora de cartão de crédito ou débito não se enquadra nas hipóteses de dispensa de licitação.

Os casos de dispensa de licitação ocorrem em situações que em tese poderiam ser licitadas, entretanto, a própria lei faculta ao gestor a contratação direta sem a necessidade de prévio processo licitatório.

A licitação pressupõe a possibilidade de competição entre os possíveis interessados em contratar com a Administração Pública. Considerando que existem situações em que a licitação formal seria impossível, uma vez que não há a possibilidade de competição entre os concorrentes, a legislação previu também hipóteses de contratação direta por **inexigibilidade de licitação no artigo 25 da Lei 8.666/93**, que assim dispõe:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I- para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial

exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II- para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III- para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

De acordo com Jorge Ulisses Jacoby, em sua obra “Contratação Direta sem Licitação”, 8ª ed. página 535, *“a inexigibilidade tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, seja porque só um fornecedor ou prestador de serviços possuía a aptidão para atender ao interesse público, seja porque fazia face às peculiaridades no objeto contratual pretendido pela Administração. Por esse motivo, o legislador elencou as três principais hipóteses, em caráter exemplificativo, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta”.*

Se todas as operadoras de cartão de crédito ou débito forem credenciadas para prestação dos serviços é possível que as contratações ocorram por inexigibilidade de licitação, pois nesse caso, não haveria possibilidade de competição nos termos do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Pelo exposto, conclui-se que as disposições dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 são aplicáveis às empresas estatais.

3. CONCLUSÃO

Pelo que foi exposto e considerando-se que:

a) a presente consulta já foi objeto de análise por parte desta Consultoria Técnica, onde restou consignado que o consulente não apresentou sua dúvida de forma objetiva quanto à interpretação e aplicação de dispositivos legais e regulamentares, contrariando o disposto no art. 48 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (Lei Complementar nº 269, de 22 de janeiro de 2007), sendo, posteriormente, a juízo do Conselheiro Relator vislumbrado a possibilidade de conhecimento e resposta da consulta considerando seu relevante interesse público;

b) não há na legislação brasileira qualquer norma que autorize ou vede que as empresas estatais aceitem cartão de crédito ou débito como meio de pagamento pelos serviços prestados;

c) a SANECAP é uma sociedade de economia mista regida pela Lei 6.404 de 1976 e atua na prestação de serviço de abastecimento de água e coleta de esgoto à população de Cuiabá. Visando diminuir a inadimplência e facilitar o atendimento aos clientes é possível que o pagamento das faturas pela prestação desses serviços seja feita por meio de cartão de crédito ou débito de seus clientes, desde que seja deliberado pelos seus diretores, dentro de sua margem de discricionariedade;

d) as disposições da Lei 8.666/93, inclusive quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas, respectivamente, nos seus artigos 24 e 25 são aplicáveis à SANECAP;

e) se todas as operadoras de cartão de crédito ou débito forem credenciadas para prestação dos serviços é possível que as contratações ocorram por inexigibilidade de licitação nos termos do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Considerando, ainda, que não existe prejulgado neste Tribunal sobre o assunto, ao julgar o presente processo e concordando este Egrégio Tribunal Pleno com o entendimento delineado no presente parecer, sugere-se a seguinte ementa (art. 234, § 1º, da Resolução nº 14/2007):

Resolução de Consulta nº __/2011. Contrato. Contratação de empresa operadora de Cartão de Crédito ou Débito. Discricionariedade. Possibilidade. Empresas Estatais. Submissão à Lei 8.666/93.

a) é possível a contratação pelas empresas públicas e sociedades de economia mista de serviços prestados por operadoras de cartão de crédito e débito visando o recebimento de faturas pelos serviços prestados.

b) As empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos devem obedecer aos ditames da Lei 8.666/93, inclusive quanto às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação disciplinadas nos artigos 24 e 25 da Lei.

Dessa forma, submete-se à apreciação do Conselheiro relator para decisão quanto à admissibilidade e eventual instrução complementar, sendo encaminhado na sequência ao Ministério Público de Contas para manifestação (art. 236 do RITCMT).

Cuiabá-MT, 4 de julho de 2011.

Helder Augusto Daltro
Técnico de Controle Público Externo

Edicarlos Lima Silva
Consultor Adjunto à Consultoria Técnica

Ronaldo Ribeiro de Oliveira
Secretário-Chefe da Consultoria Técnica

