



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

PROCESSO Nº: 11.473/2016-e

INFORMAÇÃO Nº: 110/2016

JURISDICIONADA: Procuradoria-Geral do Distrito Federal - PGDF

ASSUNTO: Consulta

EMENTA: Consulta formulada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal acerca da interpretação e alcance da Decisão nº 437/2011. Exame de admissibilidade. Decisão nº 2800/2016. Conhecimento. Análise. Pelo afastamento excepcional da deliberação desta Casa.

Senhor Diretor,

Cuidam os autos de consulta¹ formulada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal acerca da interpretação e alcance da Decisão nº 437/2011 proferida por este Tribunal nos autos do Processo nº 17.709/2010.

2. Por meio da Decisão nº 2800/2016², a Corte entendeu presentes os requisitos de admissibilidade e, em consequência, conheceu da exordial. Nesta oportunidade, cumpre examinarmos as dúvidas suscitadas pela PGDF.

Do teor da Consulta

3. A consulta formulada pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal teve como enfoque os seguintes questionamentos atinentes à aplicação da Decisão nº 437/2011-TCDF:

“a) A determinação de expurgo do lucro e ressarcimento dos demais gastos, contido na Decisão TCDF n. 437/2011, se aplica aos serviços remunerados por preço público/tarifa (art.62, § 3º, II, da Lei n. 8.666/93), tais como água, esgoto, energia elétrica e etc?

a.1) Em sendo afirmativa a resposta ao quesito ‘a’, supra, qual o percentual de lucro a ser decotado nos casos de fornecimento de

¹ Peça nº 3.

² Peça nº 10



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

água, esgotamento sanitário e energia elétrica, sem cobertura contratual?

b) Haja vista a natureza predominantemente privada do contrato de locação, a Decisão TCDF n. 437/2011, também se aplica às locações engendradas sem contrato formal (art. 62 § 3º, I, da Lei n. 8.666/93)?

b.1) Em sendo afirmativa a resposta ao quesito 'b', supra, existe parâmetro para aferir o percentual de lucro e/ou demais despesas nessa espécie de avença? Qual o percentual a ser abatido do preço a título de BDI/LDI?

c) Os serviços médico-hospitalares prestados pela rede privada, fora da vigência do credenciamento, remunerados com base na tabela SUS, devem ser pagos com decote do lucro, na forma da Decisão TCDF n. 437/2011?

c.1) Em sendo afirmativa a resposta ao quesito 'c', supra, qual o percentual a ser abatido a título de BDI/LDI?"

4. A Decisão nº 437/2011, cuja extensão de aplicabilidade é alvo dos presentes autos, decorreu de questionamento também apresentado pela Procuradoria-Geral do DF acerca do pagamento dos particulares responsáveis pelo fornecimento de bens e serviços à Administração Pública sem a devida cobertura contratual. Naquela oportunidade, esta Casa firmou entendimento no seguinte sentido:

- a) o pagamento de despesas de exercícios anteriores efetuados pelos órgãos e entidades incluídos nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social deverá respeitar o que dispõe a legislação a respeito, em especial os arts. 37 e 63 da Lei nº 4.320/64 e 80 e 81 do Decreto nº 16.098/94, destacando que a fundamentação insuficiente ou impertinente no ato de reconhecimento de dívida poderá levar à responsabilização civil, penal e administrativa dos responsáveis;
- b) o fornecimento de serviços, obras e bens sem cobertura contratual, fora das hipóteses ressalvadas em lei, dará ao fornecedor o direito a ser indenizado somente pelo que aproveitou a Administração, retirando-se quaisquer lucros ou ressarcimentos pelos demais gastos,



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

sem prejuízo de responsabilização do gestor que der causa à despesa em desconformidade com a lei;

c) não poderá alegar boa-fé o particular que fornece bens, obras ou serviços sem respeitar disposição legal vigente, em especial o art. 60, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

5. Posteriormente, a operacionalização daquele *Decisum* foi questionada pela Secretaria de Educação que elaborou nova consulta ao Tribunal, Processo nº 16.485/2012. Em resposta, foi proferida a Decisão nº 553/2014, com as seguintes orientações:

a) a expressão “*retirando-se quaisquer lucros ou ressarcimentos pelos demais gastos*”, presente na Decisão nº 437/2011, determina o não pagamento da parcela de lucro em qualquer caso, e o não pagamento de despesas indiretas alegadas pelo particular quando consideradas ilegítimas pela Administração Pública, mediante critérios devidamente fundamentados;

b) o reconhecimento de dívidas sem cobertura contratual está condicionado à apresentação de documentação apta a comprovar a contraprestação dos serviços ou o fornecimento de bens, bem como a legitimidade dos valores, percentuais e taxas alegadas como despesas indiretas pelo particular, devendo a Administração Pública buscar apurar a indenização ao particular com base no estritamente comprovado e julgado legítimo;

c) o gestor não pode arbitrar lucro ao buscar a indenização de despesas sem amparo contratual, devendo se concentrar na avaliação dos custos envolvidos no caso concreto;

d) o cálculo da indenização é passível de reavaliação pelos órgãos de controle e pela própria Administração.

6. Das disposições acima, é possível verificar que o entendimento deste Tribunal é no sentido de que o particular que prestou serviços ou forneceu bens sem



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

a devida cobertura contratual deverá ser indenizado pelo valor que aproveitou a Administração, ou seja, excluindo-se os lucros e outros gastos. Ademais, o gestor que der causa à irregularidade estará sujeito às sanções legais.

7. Feitas essas considerações, passaremos ao exame das questões constantes da peça que deu origem aos presentes autos.

Serviços Remunerados por preço público/tarifa

8. No que diz respeito aos serviços remunerados por preço público/tarifa prestados sem a devida cobertura contratual, aduz a jurisdicionada que nesses serviços, prestados em regime de monopólio e reputados essenciais, a exclusão de um eventual lucro constituiria desvirtuamento das condições da concessão.

9. Pondera que, apesar do lucro ser elemento do preço público, não há indicação precisa do percentual correspondente ao BDI/LDI nas respectivas faturas. Além disso, acredita que a peculiaridade dos serviços públicos essenciais afastaria a presunção objetiva de má-fé do concessionário que os disponibiliza.

10. A respeito desses serviços, são tecidas, ainda, as seguintes considerações:

“Com efeito, a concessão dos serviços públicos pressupõe a existência de licitação prévia e a formalização da outorga do serviço, mediante termo de contrato específico, que disciplina inclusive a sistemática de remuneração, baseada, entre outros, no princípio da modicidade tarifária.

Evidente e incontroverso que, nessa sistemática de prestação de serviços, a tarifa é cobrada de maneira uniforme de todos os usuários que se encontrem em situação jurídica análoga, sejam eles integrantes da Administração Pública, ou não.

É que, na utilização dos serviços delegados (como água, esgotamento sanitário e energia elétrica) a Administração assume posição de ‘equivalência contratual’ com o prestador, formando relação jurídica com contornos marcadamente privados. Assim, como consumidora desses serviços, a Administração se equipara contratualmente aos particulares e se submete ao mesmo regramento a eles aplicado.”

11. O abastecimento de água/esgoto e a disponibilização de energia



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

elétrica são serviços fornecidos pela Administração à população em geral e são enquadrados na categoria de “serviços públicos”.

12. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³, entende-se por serviço público *“toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”*.

13. Verifica-se, portanto, que serviço público é aquele que o Estado o define como tal; no direito brasileiro, consiste naqueles indicados na própria Constituição Federal (artigos 21, inciso X, XI, XII. XV e XXIII, e 25, § 2º). Nesta mesma linha é a lição de Dinorá Grotti⁴ (apud MELLO, 2011, p. 687) ao afirmar que *“cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”*.

14. Nos termos do artigo 175 da Constituição Federal⁵, é obrigação do Poder Público prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos sob o regime de concessão ou permissão.

³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013, p 687.

⁴GROTTI, Dinorá. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988, 2003. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit., p. 687.

⁵Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

15. Nos casos de fornecimento de água/esgoto e de energia elétrica, a administração pública se situa na qualidade de usuária ou consumidora de serviço público, em condição de igualdade com qualquer outro usuário, vinculada através de contrato de adesão e de consumo em que as regras são predominantemente privadas.

16. Em tais situações a Lei nº 8666/93 tem a sua aplicação restrita, como reconhece o Tribunal de Contas da União⁶:

“(…)

20. Assim, o simples fato de a Administração figurar como parte em um contrato não o torna um contrato administrativo típico (na conceituação de Hely Lopes Meirelles); há que se verificar se está a Administração agindo com as prerrogativas de Poder Público descritas exhaustivamente pelos eminentes juristas acima citados.

21. Voltando ao caso específico da consulta, verifica-se que existem duas relações jurídicas contratuais, formalizadas através de contratos de tipos distintos, figurando em ambas a Administração Pública como parte.

22. Uma é a relação jurídica estabelecida entre o poder concedente (União-art.21, XII, "b", CF) e a concessionária de energia elétrica mediante a assinatura do contrato de concessão de serviço público, o qual é indubitavelmente administrativo, quer dizer, regulado pelo direito público, já que as condições são impostas pela Administração e a esta são conferidos e reservados direitos exclusivos caracterizadores de contrato tipicamente administrativo.

23. Entre as condições estabelecidas pela Administração no contrato de concessão, inserem-se normas relativas à prestação de serviços e reguladoras das relações do outorgado com os usuários de maneira geral, que poderá inclusive ser o próprio outorgante.

24. A outra relação jurídica estabelecida é a de consumo, absolutamente distinta daquela de concessão, estabelecida entre a Administração e a empresa concessionária de energia elétrica, que se consubstancia em um contrato de adesão.

25. O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo artigo 54 da Lei n.º 8.078/90, 'é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o

⁶ Decisão 686/1999 – Plenário, Processo nº 014.714/1996-5



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo'.

26. Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direto privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações.

27. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda administrativo de figuração privada.

28. O entendimento acima exposto foi, em nosso entendimento, bem sintetizado no Parecer CONJUR/MME nº 235/96, publicado no DOU de 27.11.96, Seção I, fls. 25009 a 25011, citado pelo Excelentíssimo Senhor Ministro signatário da consulta em apreço, do qual destacamos os seguintes trechos:

'39. A circunstância de estar presente a Administração Pública nesse tipo de contrato não o transforma, necessariamente, em contrato administrativo típico. Consoante o entendimento da melhor doutrina, o que caracteriza o contrato administrativo é a presença da Administração com prerrogativas de Poder Público, vale dizer, como agente do interesse coletivo preponderante. Exatamente por isso, confere a lei ao ente público posição de destaque na relação contratual, inclusive com a faculdade de alterar, unilateralmente, as condições do ajuste. Embora lhe garanta a lei a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro porventura afetado por essa alteração unilateral, não pode o particular recusá-la.

40. Ora, ao contratar com a concessionária de energia elétrica o órgão público está em condições de igualdade com qualquer outro consumidor de energia elétrica. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o fornecimento; cabe-lhe apresentar instalações em conformidade com as normas técnicas e de segurança aplicáveis e, se for o caso, contribuir para a realização de obras e serviços necessários ao fornecimento. Nada, portanto, o diferencia dos demais usuários.

41. Aliás, exatamente porque não se encontra em situação de privilégio frente ao concessionário, os órgãos usuários de energia



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

elétrica carecem de razão quando invocam interesse público, para impedir a suspensão do fornecimento, em caso de falta de pagamento das contas mensais. A posição já sedimentada nos tribunais brasileiros é no sentido de que, como usuário do serviço de energia elétrica, o órgão público equipara-se a qualquer consumidor, não lhe assistindo, sequer, invocar a essencialidade do serviço público a seu cargo, para impedir a suspensão do fornecimento, no caso de falta de pagamento. (...)", grifamos.

17. No âmbito distrital, as concessionárias exclusivas na prestação dos serviços de energia elétrica e de água e esgoto são a Companhia Energética de Brasília – CEB e a Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB, respectivamente. Pela inviabilidade de competição, a contratação de tais serviços é feita de forma direta sem a realização de certame licitatório. O valor de tais serviços é fixado por meio de tarifa ou preço público.

18. A partir de tais considerações, verificamos que as despesas com energia elétrica e com água/esgoto decorrem de contrato de adesão e, portanto, a Administração Pública não detém as prerrogativas constantes dos demais contratos administrativos. Em face dessa peculiaridade, é possível aplicar a tais dispêndios a regra do art. 62, *caput*, e § 2º da Lei nº 8.666/93⁷, podendo ser substituído o instrumento de contrato por outro documento hábil.

19. Ao discorrer sobre o assunto, Marçal Justen Filho⁸ assim se manifesta:

“Vale ressaltar o equívoco a que a redação do dispositivo poderia conduzir. Não é raro imaginar-se que o art. 62 restringe as hipóteses em que existirá contrato administrativo. Alguns pensam que as regras sobre contratos administrativos apenas se aplicam quando for assinado um termo de contrato, concepção incompatível com a ordem

⁷ “Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 2º Em "carta contrato", "nota de empenho de despesa", "autorização de compra", "ordem de execução de serviço" ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei.”

⁸Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética: 2012, p. 868.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

jurídica. Essa colocação é totalmente incorreta e pode ter efeitos muito graves. Deve ter-se em vista que a existência de um contrato administrativo não depende da forma adotada para sua formalização. Existe contrato administrativo mesmo quando documentado por via da assinatura de uma nota de empenho. Aperfeiçoa-se o contrato administrativo quando completados os atos jurídicos necessários à formalização que exterioriza o acordo de vontades.”

20. No ensinamento de Benjamin Zymler⁹, a vigência dos contratos em que a Administração Pública é parte como usuária de serviço público, dentre os quais menciona energia elétrica e água e esgoto, pode fluir normalmente, nos moldes do que ocorre com os firmados com os particulares:

“Energia elétrica, água e esgoto são, sem dúvida, necessidades permanentes da Administração Pública. Sua caracterização como serviços contínuos não apresenta, a meu ver, maiores dificuldades.

(...)

Entretanto, quando a Administração firma contratos na qualidade de usuária de serviço público acaba por se submeter, de forma predominante, às normas específicas relativas ao objeto do contrato. A aplicação da Lei nº 8.666/1993 ocorre tão-somente subsidiariamente. (...)

Ademais, o fato de existir fornecedor exclusivo de água, energia elétrica e esgoto faz com que, em termos lógicos, seja inaplicável o art. 57, inciso II. Se há um único fornecedor do serviço público – e, portanto, há ausência de competição –, seria de extremo formalismo falar em prorrogação contratual ou em assinatura de novo contrato de idêntico teor. O razoável, parece-me, é deixar o contrato de adesão fluir normalmente, nos moldes do que ocorre com os firmados com os particulares.”

21. Esse também foi o entendimento defendido pelo Ministério Público que atua junto ao Tribunal no Parecer nº 343/2015-DA, proferido no Processo nº 25.475/2014¹⁰:

“13. Trata-se, por conseguinte, de contrato de adesão, definido pelo art. 54 do CDC como aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas

⁹ Direito Administrativo e Controle. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 64/65.

¹⁰ Esse processo teve por objeto consulta formulada pela Secretaria de Estado de Trabalho do Distrito Federal – SETRAB/DF com conteúdo similar ao dos presentes autos. Todavia, naqueles autos a consulta formulada não foi conhecida pelo Tribunal por configurar caso concreto, Decisão nº 2191/2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que se possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

14. Na dita espécie de ajuste, não há sequer necessidade de assinatura para estabelecimento do vínculo jurídico. Sua aceitação se dá por simples adesão, ou seja, no caso, pela prestação dos serviços de energia ou água.

15. Portanto, ao que parece, a consulente, em razão da inexistência de contrato administrativo formal celebrado entre a SETRAB e as concessionárias de serviços públicos, apreendeu que tais serviços estavam sendo prestados sem cobertura contratual, fato que, como já demonstrado, não corresponde com a realidade. Os ajustes existem, entretanto, na forma de contrato de adesão e não do tradicional contrato administrativo.

16. Dessa forma, como muito bem pontou a Instrução, sob o amparo da doutrina de Marçal Justen Filho, as despesas com energia elétrica e com água/esgoto podem ser contempladas nos casos de dispensa de contrato previsto no art. 62, caput, § 2º, da Lei n.º 8.666/93, em que se faculta substituí-lo por outros instrumentos hábeis como nota de empenho ou carta-contrato, desde que o valor seja inferior ao previsto para a modalidade de tomada de preços. Em sendo assim, tais despesas estariam acobertadas legalmente, à luz da particularidade existente na relação jurídica de consumo abordada nesta oportunidade, em que a Nota de Empenho substitui o termo da avença, porquanto serve para promover a formalização da contratação.”, destacamos.

22. Destarte, tendo em vista a natureza da relação jurídica estabelecida com as concessionárias de serviço público (contrato de adesão), entendemos que as disposições das Decisões nºs 437/2011 e 553/2014 não se aplicam à prestação dos serviços de energia elétrica e de água/esgoto, remunerados por preços públicos/tarifas.

Locação de imóveis

23. Outra hipótese na qual a jurisdicionada entende que a Decisão nº 437/2011 é inaplicável refere-se aos contratos de locação de imóveis. Fundamenta a tese no argumento de que estes ajustes são regidos, predominantemente, pelas



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

regras do direito civil. Salienta, também, a dificuldade em definir o *quantum* deveria ser deduzido do valor a ser pago ao locador.

24. Para a consulente a presunção objetiva de má-fé do locador do imóvel, mesmo nos ajustes que permanecem vigentes sem contrato escrito, não pode ser atribuída, uma vez que se admite a prorrogação tácita da locação. Ante tal argumento, entende que as premissas nas quais estava amparada a determinação de desconto do lucro estariam afastadas.

25. Quanto à dificuldade em se definir o valor a ser descontado, apresenta as seguintes ponderações:

“Em acréscimo a argumentação supra, suscita-se, ainda, a aparente impossibilidade de definição do percentual de lucro no negócio jurídico de locação.

Com efeito, considerando que o aluguel constitui contraprestação pela fruição integral do bem, poder-se-ia interpretar que, na locação, o pagamento concretiza remuneração pelo próprio ‘serviço’ avençado (custo operacional do contrato), hipótese em que o BDI/LDI seria igual a 0 (zero). Em sentido diametralmente oposto, poderia se considerar que, sendo o bem locado patrimônio inconsumível de propriedade do locador (que não se altera ao longo da avença), o aluguel constituiria puro lucro e, por consequência, o BDI/LDI seria igual a 100% (cem por cento) do preço ajustado.

Assim, observando a r. Decisão TCDF 437/2011, caso se entenda que na locação de imóvel o BDI/LDI equivale a 0 (zero), nada haveria que ser detraído do pagamento devido ao locador, que deverá aferir a integralidade do preço ajustado. Por outro lado, caso se entenda que o BDI/LDI corresponde a 100% (cem por cento) do preço, nada deveria ser pago ao locador – situação que, inegavelmente, conduziria ao enriquecimento sem causa da Administração em detrimento do particular, contrariando o próprio espírito da Decisão exarada pela Corte de Contas.”

26. A locação de imóveis pela Administração Pública está sujeita à Lei nº 8.666/93 e, somente será dispensado o procedimento licitatório, com fulcro no art. 24, X¹¹, daquela norma, se presentes determinados requisitos e se demonstrada a

¹¹ “Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

compatibilidade do aluguel com o valor de mercado, exigindo-se, inclusive, avaliação prévia para impedir o pagamento de preço superior ao praticado para imóveis similares.

27. Conforme salientou a consultante, o contrato de locação de imóvel, previsto no art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93 possui características essenciais de direito privado. Todavia, há divergência doutrinária quanto à natureza jurídica desse ajuste.

28. Para José dos Santos Carvalho Filho¹², os contratos de locação são sempre de direito privado, não importando o polo em que a Administração esteja, não havendo qualquer preponderância desta sobre o particular. Ao seu turno, Marçal Justen Filho¹³ leciona que os contratos de locação em que a Administração Pública figure como locatária serão regidos pelas normas de direito privado desde que compatíveis com o regime de direito público:

"A previsão do § 3º está mal colocada e melhor ficaria em um dispositivo específico, pois não tem relação com o restante do artigo. Ali fica determinado que o regime de direito público aplica-se inclusive àqueles contratos ditos de 'privados': praticado pela Administração. A regra disciplina a hipótese em que a Administração Pública participe dos contratos ditos de 'direito privado'. Tais contratos, no direito privado, apresentam caracteres próprios e não comportam que uma das partes exerça as prerrogativas atribuídas pelo regime de direito público, à Administração. Não se atribui uma relevância mais destacada ao interesse titularizado por uma das partes.

A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito

administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;"

¹² Manual de Direito Administrativo. 27. ed. rev. ampl. e atual. até 31.12.2013. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1209: "O uso privativo nessa hipótese ocorre quando o bem pertence ao Estado. Se este celebra, como locador, contrato de locação com um particular, assumindo este a condição de locatário, deve o ajuste ser regulado normalmente pelo Código Civil, demonstrando o caráter privado da contratação".

¹³ Op. cit. p. 869/870.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público.”

29. O Tribunal de Contas da União reconhece a prevalência das normas do direito privado, entretanto, destaca a necessidade de atendimento de regras de direito público, dentre as quais destacamos a impossibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado que é prevista no art. 47 da Lei nº 8.245/1991¹⁴.

30. No voto condutor do Acórdão nº 1127/2009 – TCU - Plenário foram tecidas as seguintes considerações:

“4. O artigo 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 prevê a dispensa de licitação para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.

5. Depreende-se do dispositivo acima citado que, antes de promover a contratação direta, a Administração deverá comprovar o atendimento a três requisitos: (i) necessidade de imóvel para o desempenho das atividades administrativas; (ii) adequação de um imóvel específico para a satisfação das necessidades da Administração; e (iii) compatibilidade do preço exigido com aquele vigente no mercado.

6. O artigo 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por sua vez, determina a aplicação do regime de direito público, no que couber, aos contratos privados praticados pela Administração (I – contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado; II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público). Por outro lado, os princípios de direito privado são aplicados na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público.

7. Contudo, a mera participação de ente da Administração em uma relação contratual caracteristicamente privada não deve significar a incidência integral do regime de direito público. Daí a necessidade de se diferenciar os contratos privados praticados pela Administração

¹⁴“Art. 47. Quando ajustada verbalmente ou por escrito e como prazo inferior a trinta meses, findo o prazo estabelecido, a locação prorroga-se automaticamente, por prazo indeterminado, somente podendo ser retomado o imóvel:
(...)”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

dos contratos administrativos propriamente ditos.

8. *Desse modo, doutrina tem reconhecido como solução o reconhecimento de que “a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado” (In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Marçal Justen Filho, 12 ed., 2008, p. 704). Ainda nas palavras de Marçal Justen Filho, “as características da estruturação empresarial conduzem à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada”.*

9. *Um exemplo da situação acima descrita é justamente a locação de imóveis em que o Poder Público é o locatário. (...)*

11. *Não há óbice, pois, as prorrogações sucessivas de contrato em que a Administração seja locatária com fundamento no artigo 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 (Decisão nº 503/96-Plenário, Decisão nº 828/00 – Plenário e Acórdão nº 170/05-Plenário).*

(...)

13. *Considero pertinentes, ainda, as considerações feitas pela Unidade Técnica a respeito do objetivo almejado pela Administração ao optar pela prorrogação contratual, a saber: a busca pela melhor oferta e condições mais vantajosas, seja do contrato oriundo de licitação, caso em que se preserva essa condição por meio do artigo 3º da Lei nº 8.666/93, seja oriundo de dispensa, onde a aplicação do artigo 24, inciso X, da mesma Lei, exige preço compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia.*

14. *Igualmente, partilho do entendimento de que **não se aplica aos contratos de locação em que a Administração Pública é locatária a possibilidade de ajustes verbais** e prorrogações automáticas por prazo indeterminado, condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/91, pois: (i) o parágrafo único do artigo 60 da Lei nº 8.666/93, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do artigo 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração; e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado.”, destaque nosso.*

31. Sendo assim, a inexistência de contrato formal sujeita o gestor às sanções legais, nos termos das Decisões nºs 437/2011 e 553/2014.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

32. Quanto à segunda parte do questionamento, a respeito do valor a ser descontado a título de lucro, em se tratando de locação de imóvel, o preço do aluguel decorre das leis de mercado (oferta e procura) e depende de vários fatores, tais como localização, condições do imóvel, espaço físico disponível e destinação. Sendo assim, não se tem uma planilha de formação de custos, vez que a composição do *quantum* a ser pago pelo aluguel segue dinâmica própria.

33. Em consequência, não há como aferir lucro nesse tipo de ajuste. Isso não significa, entretanto, que estará dispensada a adoção de qualquer critério para indenização das locações porventura ocorridas sem cobertura contratual. O parâmetro a ser adotado é aquele estabelecido na Lei de Licitações, isto é, o preço de mercado, obtido após prévia avaliação à época do ajuste (pesquisa de preço), inclusive verificando se o valor a ser pago está compatível com os valores cobrados em imóveis similares¹⁵.

34. O MPJTCDF, nos autos do Processo nº 25.475/14, concordou com o parâmetro acima e reforçou a necessidade de apresentação de documentos que comprovem a prestação dos serviços e a compatibilidade dos preços, bem como não ter havido fraude ou nulidade do ajuste, ou no caso de nulidade, a empresa não ser responsável pela sua ocorrência:

“34. Em que pese o valor de mercado do aluguel seja imprescindível para aferição do pretense valor a ser pago ao particular, a questão não é tão simples. Não basta que a Administração tenha usufruído de bem alheio para que o ressarcimento ocorra.

35. Como já demonstrado, o pagamento, pela administração, em relações que não prescindiram de ajuste formal, deve somente ocorrer, além da necessária apresentação de documentação apta a comprovar a contraprestação dos serviços e sua compatibilidade com os preços praticados no mercado, caso: a) não tenha havido fraude ou nulidade do ajuste; b) na hipótese da ocorrência de nulidade, a empresa não tenha sido responsável pela sua ocorrência.

36. Não tendo, de qualquer maneira, contribuído ou dado causa para a nulidade do ajuste, cabe ao Poder Público indenizar a empresa pelo

¹⁵Essa proposição também foi apresentada pelo Corpo Técnico no Processo nº 25.475/14.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

que se aproveitou. No caso, efetuar o pagamento dos valores de acordo com o mercado.

(...)

39. No que se refere à questão nº 2, a conclusão deste órgão é a seguinte:

40. 'Na hipótese de locação de imóvel, em que se observa ausência de cobertura contratual, o parâmetro a ser observado, para fins de ressarcimento ao locador, é o preço de mercado, obtido após prévia avaliação (pesquisa de preço), observando se o valor a ser pago está compatível com valores praticados em imóveis similares, tendo, dentre outros parâmetros, localização, estado de conservação, espaço físico, destinação. Além disso, o pagamento, pela Administração, em relações que não prescindiram de ajuste formal, deve somente ocorrer, além da necessária apresentação de documentação apta a comprovar a contraprestação dos serviços e sua exaustiva compatibilidade com os preços praticados no mercado, caso: a) não tenha havido fraude ou nulidade do ajuste; b) na hipótese da ocorrência de nulidade, a empresa não tenha sido responsável pela sua ocorrência. Não tendo, de qualquer maneira, contribuído ou dado causa para a nulidade do ajuste, cabe ao Poder Público indenizar a empresa somente pelo que se aproveitou. No caso de aluguéis, efetuar o pagamento de acordo com os preços praticados no mercado, com as devidas comprovações''.

Serviços médico-hospitalares remunerados com base na tabela SUS

35. Por fim, a Procuradoria-Geral do DF questiona a possibilidade de se afastar a aplicação da Decisão nº 437/2011 no caso das despesas relacionadas a serviços médico-hospitalares remunerados com base na tabela SUS.

36. A consulente assevera que tais serviços decorrem de credenciamentos nos quais a Administração *“promove contratação de todos os pretensos interessados à prestação dos serviços, determinando previamente a forma de sua remuneração”*. Acrescenta que o impedimento legal de contratação por prazo indeterminado ocasiona, às vezes, a prestação de serviços em períodos cujo credenciamento não se encontra vigente, surgindo desse fato a dúvida quanto à necessidade de glosa nos termos delineados pela Corte:



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

“A prestação de serviços durante períodos de intermitência do contrato (credenciamento), s.m.j., não revela qualquer ardil do particular, já que, como dito, a remuneração pelos serviços que efetivamente presta observa tabela fixa e não se opera em regime de exclusão de qualquer pretensão interessado - sem representar qualquer tipo de vantagem adicional.

Em outro esquadro, alterando-se as condições de pagamento, para excluir eventual lucro, se estaria modificando as próprias bases do credenciamento e, quiçá até mesmo os parâmetros definidos pelo SUS para a fixação dos valores de referência.”

37. A Constituição Federal estabelece que os serviços de saúde serão executados diretamente pelo Poder Público ou por meio de terceiros (pessoa física ou jurídica de direito privado)¹⁶. Também assinala que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS, mediante contrato de direito público ou convênio¹⁷.

38. No “Manual de Orientações para Contratação de Serviços de Saúde no SUS”¹⁸ disponibilizado pelo Ministério da Saúde constam diretrizes acerca da seleção de entidades privadas para prestação de serviços de saúde no âmbito do SUS. Referido documento estabelece que a contratação deverá ser precedida de procedimento licitatório¹⁹:

“Na área da saúde, sabe-se que há a prática de não realizar o procedimento licitatório ao contratar serviços privados de saúde, porém, não há justificativa legal para tal conduta. Segundo CARVALHO & SANTOS (2002), nada poderá livrar a administração pública de realizar procedimento licitatório, nem mesmo o fato de os

¹⁶ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

¹⁷ Art. 199, § 1º da Constituição Federal.

¹⁸ Segundo informação constante do voto condutor do Acórdão nº 1215/2013-Plenário/TCU, esse documento passaria por revisão. Todavia, o aspecto indicado como carecedor de mudança (preferência constitucional de entidades filantrópicas) não afeta os conceitos daquele documento e utilizados nestes autos.

¹⁹ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Regulação Avaliação e Controle de Sistemas. Manual de orientações para contratação de serviços do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_orientacoes_contratacao_servicos_sus.pdf. Acesso em 21jun2016.



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

preços dos serviços serem previamente fixados pelo poder público (Tabela de Procedimentos SUS), isso não constitui motivo justificável para não se fazer licitação. As exceções ao rito licitatório são os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação, previstos na Lei de Licitações (...)

39. Para situações em que não seja possível a competição, como nos casos em que a Administração tem necessidade de manter a disponibilidade de todos os prestadores de serviços de uma determinada região, o aludido normativo dispõe:

“A inexigibilidade também poderá ser configurada quando o gestor tiver a necessidade de contratar todos os prestadores de serviço de seu território ou de uma determinada área (bairro, distrito, etc.), instalando-se assim, a impossibilidade de competição entre os concorrentes.

A inexigibilidade deve ser justificada e devidamente instruída, seu processo deve conter elementos de fato e de direito que comprovem de maneira indiscutível a impossibilidade de competição.

(...)

O procedimento de Chamada Pública será utilizado quando se estabelecer a inexigibilidade de licitação em função da necessidade do gestor de saúde contratar todos os prestadores do município ou de uma área delimitada no edital.

A não realização de procedimento licitatório não desvincula a Administração Pública da utilização da Lei de Licitações e Contratos Públicos, assim, o edital e os contratos resultantes da chamada pública deverão seguir o ditado pela Lei 8.666/93.

O Edital de Chamada Pública visa informar a todos os prestadores de uma determinada base territorial o interesse em contratar serviços de saúde, estipulando o preço a ser pago por cada serviço, sempre tendo como referência a Tabela de Procedimentos do SUS.

Os prestadores que comparecerem à Chamada Pública e comprovarem as aptidões necessárias farão parte de um Banco de Prestadores ao qual os gestores recorrerão segundo suas necessidades.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

40. As situações acima transcritas correspondem ao instituto do credenciamento que na lição de Joel de Menezes Niebhur²⁰ é uma *“espécie de cadastro em que se inserem todos os interessados em prestar certos tipos de serviços, conforme regras de habilitação e remuneração prefixadas pela própria Administração Pública. Todos os credenciados celebram, sob as mesmas condições, contrato administrativo, haja vista que, pela natureza do serviço, não há relação de exclusão, isto é, o serviço a ser contratado não precisa ser prestado com exclusividade por um ou por outro, mas é prestado por todos”*.

41. Em que pese ser pacífico o reconhecimento da possibilidade de se utilizar o credenciamento para contratação de serviços de saúde, o procedimento de seleção dos interessados não pode ser confundido com os ajustes que dele decorrerão, os quais deverão respeitar as regras da Lei de Licitações.

42. A esse respeito, Niebhur²¹ assevera que, *“a princípio, os contratos firmados em vista de credenciamento se sujeitam as regras da lei nº 8.666/93, da mesma forma que qualquer outro contrato”*. Ressalva, entretanto, que esses ajustes *“não se sujeitam aos limites de prorrogação estabelecidos no artigo 57 da Lei nº 8.666/93, dado que o credenciamento está sempre aberto, sem que seja necessário renovar qualquer tipo de disputa”*.

43. Os critérios e os valores para a remuneração de serviços de saúde, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.080/90²², são estabelecidos pela direção **nacional**²³ do Sistema Único de Saúde (SUS) e aprovados no Conselho Nacional de Saúde. Nesse contexto, a Tabela de Procedimentos do SUS é o mecanismo por meio do qual essa competência é exercida pelo Ministério da Saúde.

²⁰ Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 188/189.

²¹ Op. cit. p. 189.

²² Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

²³ Ministério da Saúde (art. 9º, I, Lei 8.080/90).



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

44. Destarte, considerando a fixação prévia dos valores pelo Ministério da Saúde, entendemos que os descontos previstos na Decisão nº 437/2011 não devem incidir sobre o valor da indenização dos prestadores dos serviços de saúde quando estes forem remunerados pela Tabela de Procedimentos do SUS.

Diante do exposto, sugerimos ao egrégio Tribunal que:

- I. Informe à Procuradoria-Geral do Distrito Federal que:
 - a) tendo em vista a natureza da relação jurídica estabelecida com as concessionárias de serviço público (contrato de adesão), as disposições das Decisões nºs 437/2011 e 553/2014 não se aplicam, excepcionalmente, à prestação dos serviços de energia elétrica e de água/esgoto, remunerados por preços públicos/tarifas;
 - b) na hipótese de locação de imóvel, em que se observa ausência de cobertura contratual, o parâmetro, para fins de ressarcimento ao locador, é o preço de mercado, obtido após prévia avaliação à época do ajuste (pesquisa de preço), verificando se o valor a ser pago está compatível com os valores cobrados em imóveis similares;
 - c) em caráter excepcional, o expurgo do lucro e demais gastos determinado pela Decisão nº 437/2011 não se aplica à indenização dos fornecedores de serviços de saúde remunerados pela Tabela de Procedimento do SUS, cujos valores são previamente fixados pelo Ministério da Saúde, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.080/90;
 - d) nos casos dos serviços descritos nas alíneas “b” e “c”, não está afastada a necessidade de contrato formal para prestação dos serviços, podendo ser responsabilizado o gestor que der causa à despesa em desconformidade com a lei;



TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO
PRIMEIRA DIVISÃO

II. autorize:

- a) o encaminhamento da presente Informação e da decisão que for proferida à consulente e aos demais órgãos e entidades jurisdicionadas;
- b) o arquivamento dos autos.

À superior consideração,
DIACOMP1, em 24/06/2016.

Assinatura Eletrônica

ELIANE LEITE DE SOUSA RODRIGUES
ACE - 553-3

De acordo.
À elevada consideração do Senhor Secretário.
Em, 27 de junho de 2016.

Assinatura Eletrônica

Antonio Alexandre do Nascimento Filho
1ª Divisão de Acompanhamento
Diretor