

**TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA**

**AJU: ASSESSORIA JURÍDICA**

**ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE VITÓRIA DA CONQUISTA**

**PROCESSO Nº 09317e19**

**PARECER Nº 01297-19**

**T.P.B. Nº 42/2019**

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. SERVIÇO DE PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

A contratação, em caráter exclusivo, de instituição financeira pública, para fins de prestação de serviço de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser precedida de licitação, não havendo que se falar em contratação direta fundamentada no artigo 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993, sob pena de ofensa aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da República.

O Prefeito do **MUNICÍPIO DE VITÓRIA DA CONQUISTA**, Sr. Herzem Gusmão Pereira, por intermédio de expediente endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 09317e19, questiona-nos:

“O gestor público está obrigado a realizar licitação para a contratação, em caráter exclusivo, de instituição financeira oficial para a prestação dos serviços de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos, pensionistas e outros serviços similares?”

É viável a contratação direta de banco oficial, mais especificamente a Caixa Econômica Federal – CEF, com amparo no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993?”

Inicialmente, registre-se que **os pronunciamentos desta Unidade, nos processos de Consulta, são confeccionados sempre em tese, razão pela qual não nos cabe analisar e opinar diante do caso concreto apresentado.**

Ademais, ressalte-se que, na casuística, tendo em vista as peculiaridades de cada situação posta, esta Corte de Contas, mediante decisão do Tribunal Pleno ou da Câmara, pode emitir pronunciamento dissonante sobre o assunto ora tratado.

Dito isso, cumpre pontuar que, nos termos do quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação pública, que:

“(...) assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

As exceções, por sua vez, segundo o referido artigo, deverão estar expressamente previstas em Lei.

Sendo assim, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993), enumerou, nos artigos 17, I e II, 24 e 25, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, respectivamente.

No que se refere às hipóteses de contratação direta, a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra intitulada “Direito Administrativo”, 21ª edição, Editora Atlas, São Paulo, página 345, esclarece que:

“(...) na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.” (destaques no original)

Como se vê, a dispensa ocorre por ato discricionário do Agente Público que, diante do caso concreto e observando as hipóteses permitidas em Lei, analisa e decide, considerando o interesse público envolvido e a conveniência de se contratar diretamente.

Nesse contexto, insta anotar que o artigo 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

(...)"

Da leitura do dispositivo legal acima transcrito, destacam-se os seguintes requisitos para a contratação direta em tela: a) que seja promovida por pessoa jurídica de direito público interno; b) tendo por objeto bens produzidos ou serviços prestados; c) por órgão ou entidade que integre a Administração Pública; d) criado para esse fim específico; e) antes da vigência da Lei nº 8.666/1993; e f) desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

Quanto ao requisito indicado na alínea “d” (criação para fim específico), Marçal Justen Filho, em “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 18ª edição, Revista dos Tribunais, páginas 512/514, elucida que:

“A entidade que for constituída para satisfazer necessidades do público em geral ou para atuar em regime de competição com terceiros não é beneficiária da proteção contemplada no dispositivo examinado. A dispensa de licitação é orientada a assegurar a sobrevivência de uma entidade cuja razão de existência é a atuação em benefício da Administração dotada de personalidade de direito público.

Anote-se que, na maior parte dos casos, a questão se relaciona a soluções de descentralização, norteadas por postulados gerenciais. Uma certa necessidade administrativa, que era atendida por meio de recursos próprios da Administração, passa a ser satisfeita por via de uma entidade administrativa – cuja existência se relaciona especificamente a uma determinada atuação.

(...)

Justamente por isso, não podem ser contratadas sem licitação as sociedades estatais que atuam no mercado, competindo com outros agentes privados. A competição no mercado é incompatível com a existência de fim específico.

Toda entidade estatal que prestar serviços ou comercializar bens atuando em competição com outras empresas privadas não poderá beneficiar-se de qualquer privilégio ou vantagem. Empresa estatal atuante na exploração de atividades econômicas sob regime de competição com outros agentes privados não pode ser investida no privilégio de contratação direta com a Administração Pública.

Essa solução destina-se, inclusive, a evitar o desequilíbrio na formação de preços das entidades estatais. Poderia verificar-se aquilo que a Economia denomina *subsídio cruzado*. Assim se passaria quando a empresa estatal transferisse parte

dos seus custos comuns e normais para o preço dos produtos ofertados à própria Administração Pública, o que lhe permitiria praticar preços mais reduzidos no mercado. Um exemplo prático permite compreender o problema. Suponha-se que uma empresa estatal produza cem unidades de produtos, ao custo de cem unidades monetárias. Imagine-se que essa estatal comercialize, sem licitação, trinta unidades de produtos para a Administração Pública. Como não existe licitação, não há necessidade de praticar o menor preço possível. Então, a entidade poderia adotar o preço de duas unidades monetárias para cada unidade de produto alienada para a Administração Pública. Como decorrência, receberia o montante de sessenta unidades monetárias como contrapartida da alienação de trinta unidades de produtos. Diante desse cenário, a estatal poderia praticar preço reduzido no mercado, comercializando as restantes setenta unidades por preço unitário inferior a uma unidade. Isso permitiria à empresa estatal praticar preços mais reduzidos do que eventuais competidores privados. Nesse caso, a contratação direta seria um expediente para assegurar a participação da estatal no mercado. O preço mais elevado pago pela Administração Pública configuraria uma forma de subsídio para a empresa estatal vender seus produtos no mercado por preço inferior ao custo. Em outras palavras, o preço inferior ao custo cobrado dos particulares seria compensado pelo preço superior exigido da Administração Pública.

Essa situação ofende aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da República. Infringe a livre concorrência porque a entidade administrativa exercitaria a sua atividade econômica no mercado, beneficiando-se de um subsídio estatal oculto. Contraria o princípio da isonomia porque impede o acesso de particulares às contratações administrativas, produzindo uma modalidade de restrição ao acesso de potenciais fornecedores à Administração Pública. Viola o princípio da República porque impõe à Administração Pública o desembolso de recursos superiores aos necessários para a obtenção dos bens e serviços de que necessita.

(...)

Bem por isso, apenas podem ser atingidas pelo regime de contratação direta prevista no dispositivo comentado aquelas empresas que prestam serviços ou fornecem bens exclusivamente em favor da Administração Pública. A exploração empresarial mista, que envolva atividades tanto no mercado institucional como naquele privado, conduz à exclusão da contratação direta fundada no inc. VIII do art. 24.

(...)

Assim se impõe especialmente porque as empresas que atuam também fora do mercado institucional dispõem de alternativas para manutenção e sobrevivência. O benefício é restrito àquelas empresas que foram concebidas como instrumento auxiliar da atividade administrativa, de modo que nunca atuaram em competição com entidades privadas. Submeter tais empresas ao regime de licitação e competição com empresas privadas conduziria à frustração das finalidades que nortearam à sua própria criação. Isso significa que tais empresas, se não obtiverem as contratações públicas, não disporão de outros meios de sobrevivência.

Bem por isso, as empresas que foram criadas para competir no mercado não necessitam do benefício da contratação direta.” (destaques no original e aditados)

Especificamente acerca da contratação direta de instituição financeira pública, Marçal Justen Filho, na obra anteriormente citada, página 517, ainda afirma que:

“Há um obstáculo insuperável à aplicação do inc. VIII do art. 24, eis que uma instituição bancária oficial não é criada para o fim específico de pagamento da folha salarial. Ela desempenha uma pluralidade de atividades, em regime de competição com outras instituições financeiras.”

**Infere-se, pois, que não é possível a contratação direta de instituição financeira pública (Caixa Econômica Federal, por exemplo) com fundamento no artigo 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993, para fins de prestação de serviço de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, sob pena de ofensa aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da República.**

Isso porque esse tipo de entidade opera na exploração de atividades econômicas, competindo com outros agentes privados, não tendo como razão de existência a atuação em benefício da Administração.

Nesse mesmo sentido, o Exmo. Ministro Eros Grau do E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do AgRg na Rcl 3.872/DF, defendeu que:

“Assim, a seleção da instituição financeira habilitada ou das instituições financeiras habilitadas à realização dos pagamento de que se trata também há de ser empreendida mediante licitação, sem comprometimento do princípio da isonomia. Vale dizer, sem comprometimento das condições de concorrência entre instituições financeiras (...)” (destaques adotados)

Do mesmo modo, o Exmo. Conselheiro José Carlos Novelli, em seu Voto proferido nos autos do processo nº 55387/2008, entendeu que:

“Assim, impõe-se à Administração o dever de licitar, do qual a autoridade administrativa não pode se escusar a não ser nas hipóteses legais.

No caso em tela, se o Município entender conveniente e oportuno contratar instituição financeira pública para prestação de serviço de exclusividade de pagamento da sua folha salarial, deverá realizar procedimento licitatório.

Isto porque os bancos oficiais passam a figurar nas mesmas condições de igualdade com os bancos privados e não podem usufruir do benefício da dispensa de licitação prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, para obter uma vantagem desproporcional à concorrência de mercado, especialmente quando há cláusula restritiva, como por exemplo a exclusividade do serviço por prazo pré-fixado.

(...)

Assim, o entendimento é de que, em obediência ao art. 37, XXI da Constituição Federal, ao princípio da livre concorrência e aos princípios constitucionais da

Administração Pública, tais como, isonomia, legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, no caso em apreciação, em tese, há necessidade da realização do processo licitatório para se conceder a exclusividade por prazo pré-fixado na operação da folha de pagamento, o qual outorga maior competitividade e transparência nas questões financeiras e administrativas conduzidas pela Administração.” (destaques no original e aditados)

Acrescente-se, por oportuno, que o processo de dispensa de licitação deve ser autuado e processado regularmente como todo e qualquer processo administrativo, devendo conter os elementos enumerados no parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/1993, e, por se tratar de uma relação contratual, recomenda-se, também, a aplicação, no que lhe for compatível, do quanto disposto no artigo 38 da referida Lei de Licitações e Contratos.

Ademais, o Agente Público, na instrução do processo administrativo, deve caracterizar minuciosamente a hipótese de dispensa deflagradora da contratação direta, sob pena de incidir no crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público."

Como se vê, cabe ao Gestor agir com muita cautela ao contratar diretamente, uma vez que pode ser punido tanto pela contratação sem amparo na previsão legal quanto pela não observância às formalidades exigíveis para os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação.

Pontue-se, por conseguinte, que, se o fornecedor ou o prestador de serviços concorrer com a ilegalidade, também será punido com pena semelhante à atribuída ao Administrador Público.

Diante de todo o exposto, conclui-se **a contratação, em caráter exclusivo, de instituição financeira pública (Caixa Econômica Federal, por exemplo), para fins de prestação de serviço de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares deve ser precedida de licitação, não havendo que se falar em contratação direta fundamentada no artigo 24, VIII, da Lei**



Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia

**nº 8.666/1993, sob pena de ofensa aos princípios da livre concorrência, da isonomia e da República.**

É o parecer.

Salvador, 08 de julho de 2019.

**Thayana Pires Bonfim  
Assistente Jurídico**