

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DA BAHIA

AJU: ASSESSORIA JURÍDICA

ORIGEM: PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABERABA

PROCESSO Nº 11146e19

PARECER Nº 01307-19

T.P.B. Nº 43/2019

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

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, com previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deve ser precedida de licitação, recomendando-se a utilização da modalidade de licitação denominada Pregão eletrônico. Não há 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 Controlador Geral do **MUNICÍPIO DE ITABERABA**, Sr. Uesllel Maique dos Santos Oliveira, por intermédio do Ofício nº 10/2019, endereçado a este Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, aqui protocolado sob o nº 11146e19, questiona-nos:

“1 – No tocante à contratação de prestação de serviços, em caráter exclusivo, de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, com a previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada. O gestor público está obrigado a realizar licitação para a concessão de exclusividade à instituição financeira oficial para a prestação dos serviços de pagamento de remuneração e similares? Nesse caso, qual modalidade licitatória é indicada?

2 – É viável a contratação direta via dispensa de licitação de banco oficial a exemplo da Caixa Econômica Federal com amparo no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993?

3 – Caso seja considerada razoável a utilização de dispensa de licitação para a referida contratação, quais recomendações este preclaro Tribunal tem a preceituar a essa municipalidade?”

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 aditados)

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."

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. 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, tem-se que **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, com previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deve ser precedida de licitação. Não há 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.**

Como se vê, a legislação consagra a licitação como o procedimento administrativo pelo qual o Ente Público, de acordo com as condições assentadas em convocação própria, aliena, adquire ou loca bens e realiza obras ou serviços, escolhendo, dentre as propostas apresentadas, a mais vantajosa ou conveniente em função de critérios previamente instituídos.

Deve ser pautada nos princípios da igualdade, da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, dentre outras diretrizes traçadas no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

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

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I – (Revogado)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

§3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§4º (Vetado).

§5º Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

§6º A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§7º Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5º.

§8º As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5º e 7º, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§9º As disposições contidas nos §§ 5º e 7º deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7º do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§10. A margem de preferência a que se refere o § 5º poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

§11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

§13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

§14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

§15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.”

Referindo-se à contratação de serviços de pagamento de remuneração de servidores ativos, inativos e pensionistas e outros serviços similares, ou seja, “(...) aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002), recomenda-se a utilização da modalidade de licitação denominada Pregão.

No particular, o C. Tribunal de Contas da União, nos autos do processo TC 033.466/2013-0, que teve como Relator o Exmo. Ministro Walton Alencar Rodrigues, também entendeu que:

"(...)

Tratando-se de serviços bancários tendentes à operação da folha de pagamento, cujos padrões de desempenho e qualidade poder-se-iam objetivamente definir em edital, por meio de especificações usuais de mercado, haver-se-ia de considerá-los serviços comuns, atendendo-se às condições necessárias para realização do Pregão, como prevê o artigo 1º, § único, da Lei 10.520/2002:

*“Art. 1º Para aquisição de **bens e serviços comuns**, poderá ser adotada a licitação na modalidade de **pregão**, que será regida por esta Lei.*

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Com efeito, a atividade bancária é inteiramente regulada por normas específicas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, amplamente conhecidas no mercado financeiro, tornando ainda mais factível o estabelecimento de padrões contratuais.

Quanto ao critério da licitação, a Lei 10.520/2002 estabelece claramente, em seu artigo 4º, inciso X, que o julgamento e a classificação das propostas serão realizados pelo "menor preço". Não obstante a ausência de expressa previsão legal, a adoção do critério "maior preço", albergado pelo Tribunal, em situação deveras semelhante à retratada nestes autos, não fere a *mens legis*, os princípios reitores da licitação pública e a vedação estampados nos artigos 3º e 22, § 8º, da Lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente à modalidade Pregão por força do artigo 9º da Lei 10.520/2002.

À toda evidência, a utilização do critério "maior preço" para a específica hipótese da contratação dos serviços de gestão financeira da folha de pagamento dos servidores, mediante a contraprestação pecuniária da contratada, harmoniza-se inteiramente com as diretrizes maiores do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, pois privilegia a busca da finalidade constitucional da proposta mais vantajosa para a Administração.

Além disso, o procedimento não afeta a isonomia entre licitantes, uma vez estabelecidas no edital todas as condições objetivas para habilitação e julgamento das propostas. Tal critério não estaria a violar a proibição normativa que veda a criação modalidade licitatória não prevista em lei, porquanto o Pregão é preservado como procedimento adequado à contratação dos serviços. Por fim, não se está a desvirtuar o pregão, convertendo-o em espécie de leilão, pois o objeto do contrato é a prestação de serviços comuns, não se confundindo com a alienação de bens ou a sua exploração por terceiros.

Sendo, portanto, o Pregão a modalidade adequada para contratação do objeto em análise nesta Consulta, reputa-se que a forma eletrônica deve ser preferencialmente utilizada, consoante determina o artigo 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005:

“Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.”

(...)” (destaques no original e aditados)

No que concerne ao conceito de “bens e serviços comuns”, Marçal Justen Filho, em sua obra “Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico”, 2ª edição, Dialética, página 27, leciona que:

“O núcleo do conceito de bem ou serviço comum reside nas características da prestação a ser executada em prol da Administração Pública. O bem ou serviço é comum quando a Administração não formula exigências específicas para uma contratação determinada, mas se vale dos bens e serviços tal como disponíveis no mercado. Poderia afirmar-se que a disponibilidade no mercado é a primeira característica que dá identidade ao bem ou serviço qualificável como comum. Isso significa que o pregão poderá ser adotado sempre que a Administração puder localizar no mercado, sem qualquer dificuldade, o objeto de que necessita. Daí decorre a impossibilidade de aplicação do pregão para objetos que apresentem características peculiares ou que demandem inovações destinadas a atender necessidades próprias e exclusivas da Administração. Um exemplo permite compreender melhor a distinção. Um programa de computador pode ser um bem comum, quando se tratar do chamado software de prateleira. Suponha-se que a Administração resolva adquirir um aplicativo para processamento de texto, reconhecendo a ausência de necessidade de qualquer especificação determinada. Existem diversos produtos no mercado, que podem ser fornecidos à Administração sem qualquer inovação ou modificação. A hipótese configura um bem comum. Imagine-se, no entanto, que a Administração necessite o desenvolvimento de um programa destinado a fins especiais, tal como um gerenciador de banco de dados para aposentados. Deverá produzir-se a contratação de serviços especializados, cujo resultado poderá não ser único – mas que envolverá uma prestação sob medida para a Administração. Esse não será um serviço licitável por meio de pregão.”

Impende esclarecer, também, que o Pregão Presencial é aquele desenvolvido em sessão pública, contando com a participação física dos licitantes, em que a disputa ocorre por meio de propostas escritas e lances verbais. Já o Pregão Eletrônico é aquele em que a disputa desenvolve-se à distância, por meio de sistema que promove a comunicação entre a Administração licitadora e os licitantes pela *internet*.

A União, no intuito de redisciplinar o Pregão Eletrônico, editou o Decreto Regulamentador nº 5.450/2005, com o objetivo de proporcionar maior eficiência, agilidade, economicidade e transparência às compras governamentais de bens e serviços comuns.

Observe-se que o artigo 4º do supracitado Decreto estabelece que:

“Art.4º - Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

(...)”

Portanto, na esfera federal, o Pregão Eletrônico é a forma preferencial para aquisição de bens e serviços comuns, podendo somente ser afastado mediante justificativa da inviabilidade de sua escolha, situação na qual a entidade poderá adotar a forma presencial.

Nesse sentido, este TCM, em 19/08/2015, publicou a Instrução nº 1/2015, sugerindo a todos os jurisdicionados a adoção, preferencial, do Pregão Eletrônico, consoante dispõe o seu artigo 1º: **“As Prefeituras e Câmaras Municipais deverão priorizar a adoção do Pregão Eletrônico nas licitações realizadas no âmbito dos municípios”** (destaques adotados).

Para a realização do Pregão, faz-se necessária uma fase preparatória ou fase interna, oportunidade em que a autoridade competente, primeiramente, justificará a necessidade da contratação e, ao fazê-lo, deverá definir o objeto da competição, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento.

Nesse procedimento, onde constarão as citadas justificativas, serão indicados também “(...) os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados” (artigo 3º, III, da Lei nº 10.520/2002).

Será designado, ainda, o Pregoeiro, a quem incumbe dirigir os trabalhos, inclusive receber as propostas e lances, analisar a sua aceitabilidade e classificação e, também, decidir sobre a habilitação e proceder à adjudicação do objeto do Pregão ao licitante vencedor. Para tanto, contará com equipe de apoio, que, na sua maioria, será integrada de servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da Administração,

preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou da entidade promotora do evento.

Ainda na fase interna, chama-se atenção para o fato de que a definição do objeto deve ser precisa, suficiente e clara, a fim de se evitar especificações ou exigências que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, acabam direcionando o resultado do certame a determinado licitante, limitando, desta forma, a competição entre os candidatos.

Sobre o princípio da competitividade, o Professor José dos Santos Carvalho Filho, na sua Obra “Manual de Direito Administrativo”, 17ª edição, página 218, ensina o seguinte:

“Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível.”

De tal sorte, compete à Administração conhecer a necessidade que pretende satisfazer e fazer constar, dos documentos do processo licitatório, as especificações e exigências (em relação ao objeto e ao contrato) mínimas e indispensáveis para assegurar a satisfação da mesma por intermédio da formação da melhor relação custo-benefício.

É vedado, portanto, o estabelecimento de condições irrelevantes que podem provocar o afastamento da disputa de particulares que, muito embora pudessem satisfazer a necessidade da Administração por outros meios, não conseguem atender ao quanto disposto nas aludidas cláusulas impertinentes.

Ultrapassados os requisitos de observância obrigatória na fase preparatória do Pregão, passa-se à fase externa, que, por sua vez, será iniciada com a convocação dos interessados e observará os elementos indicados nos incisos do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002. Confira-se:

“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da

licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

II - do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital;

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV - cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na forma da Lei nº 9.755, de 16 de dezembro de 1998;

V - o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI - no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

VIII - no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

X - para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV - os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf e

sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes;

XV - verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI - se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII - nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX - o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX - a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.”

Dentre as cláusulas enumeradas acima, destaca-se a importância de que seja assegurada a publicidade da convocação dos interessados mediante aviso em diário oficial do respectivo Ente federado.

Com efeito, não havendo órgão oficial de imprensa, o aviso deve ser publicado em jornal de circulação local. Dependendo do vulto da contratação, exige ainda a Lei que este seja publicado também em jornal de grande circulação (artigo 4º, I, da Lei nº 10.520/2002).

Essa forma é obrigatória, mas a Lei confere a faculdade de a convocação ser feita também por meio eletrônico.

Do aviso, devem constar, de forma sucinta, os elementos da licitação e a informação sobre a obtenção do edital. Cópias do edital e do aviso devem ser disponibilizadas pela Administração promotora do certame, a fim de assegurar que qualquer pessoa interessada possa consultá-los.

Tais regras, que impõem formas e prazos para a divulgação do aviso de licitação, visam garantir o amplo conhecimento acerca da realização do certame, aumentando a participação de interessados. Asseguram, dessa forma, a competitividade.

Assim sendo, conclui-se que **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, com previsão de contraprestação pecuniária por parte da contratada, deve ser precedida de licitação, recomendando-se a utilização da modalidade denominada Pregão eletrônico. Não há 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.**

É o parecer.

Salvador, 10 de julho de 2019.

**Thayana Pires Bonfim
Assistente Jurídico**