

# **Alienação de folha de pagamento: natureza jurídica, licitação e dispensa à luz do ordenamento constitucional**

**Éder Maurício Pezzi López**

*Advogado do Senado Federal*

*Ex-advogado da Caixa*

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil*

## **RESUMO**

O presente estudo tem por finalidade tratar da chamada “alienação de folha de pagamento”, espécie de contrato administrativo que entidades da Administração Direta vêm firmando com instituições financeiras, auferindo expressivas vantagens econômicas. Analisa-se a sua natureza jurídica, bem como a possibilidade de contratação de instituições privadas, abordando-se igualmente as questões atinentes à modalidade de licitação aplicável e sua dispensa.

Palavras-chave: Contrato administrativo. Folha de pagamento. Licitação. Dispensa.

## **ABSTRACT**

This study is about the so-called "payroll alienation", some kind of administrative contract which Direct Administration entities have been firming with financial institutions, earning expressive economic advantages. Its legal nature is analyzed, as well as the possibility of hiring private institutions, and issues related to the applicable bidding modality and its dispensa are equally presented.

Keywords: Administrative contract. Payroll. Bidding. Trading pit. Dispense.

## **Introdução**

Nos últimos anos, Estados, Municípios e até mesmo órgãos da Administração Pública Federal têm firmado contratos com instituições financeiras, visando à efetivação de sua folha de pagamento. Tais operações têm sido ordinariamente chamadas de “alienação da folha de pagamento”, não obstante sejam em geral instrumentalizadas por meio de contratos administrativos de prestação de serviços, antecedidos de procedimento licitatório.

Assim, nesses contratos é em regra prevista exclusividade para que todos os servidores ativos e inativos recebam por meio da contratada a sua remuneração. Em troca dessa exclusividade, as instituições financeiras pagam valores à Administração, seja *in pecunia*, seja *in natura*, com bens determinados ou sob a forma da construção de bens imóveis, por exemplo.

Diante desse fenômeno, destina-se o presente estudo a analisar a sua natureza jurídica, bem como as principais questões atinentes a ele, tais como a viabilidade jurídica de serem contratadas instituições financeiras privadas, a modalidade de licitação aplicável e a possibilidade de dispensa de licitação no caso de instituições públicas.

## 1 Da natureza jurídica do bem em questão e a possibilidade de sua negociação

Para bem situar a questão, impõe-se definir qual a natureza jurídica da operação de “alienação da folha de pagamento”, de modo a que se possa definir qual o instrumento jurídico mais adequado para seu tratamento.

A primeira hipótese que se levanta é a possibilidade de se dar tratamento de “bem” ao direito que têm as entidades públicas de contratar instituições financeiras, visto que dele decorre valor econômico. Essa questão foi tratada pelo Plenário do TCU,<sup>1</sup> o qual concluiu que tal “poder” de contratar, por gerar receitas, é um ativo especial intangível para o ente público, tendo assim exposto seu entendimento:

Assim, conclui-se que o direito de o ente público contratar instituições financeiras para prestar serviços financeiros necessários à consecução de suas atividades de auto-administração e implementação de ações governamentais pode ser considerado um ativo especial intangível e, nesta condição, pode ser ofertada sua exploração econômico-financeira ao mercado, por meio de licitação.

Quanto à classificação de tal “bem”, o mesmo acórdão refere que, “do ponto de vista meramente jurídico, parece não haver óbice em considerar a folha de pagamento da Previdência Social como um bem público de uso especial de natureza móvel e incorpórea”. Tais referências, em que pese adequadas ao objeto em questão, merecem ressalvas no tocante ao que represente efetivamente o “bem jurídico” em análise.

<sup>1</sup> Acórdão 3.042/2008, Rel. Min. Augusto Nardes, Sessão de 10/12/2008, D.O.U. 12/12/2008.

Observe-se, em primeiro lugar, que o ato de realizar o pagamento aos servidores não pode ser considerado em si como um bem, uma vez que constitui mera atividade administrativa operacional, que inclusive é onerosa para as instituições financeiras que a realizam, visto que demandam toda uma estrutura de material e pessoal. Essa atividade, diga-se, sequer pode ser considerada como serviço público, uma vez que não se destina a “satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”, como ensina Carvalho Filho.<sup>2</sup> Em verdade, o pagamento de servidores é típica atividade bancária que se assemelha às demais atividades-meio da Administração, tais como os serviços de limpeza, segurança, copa, etc.

A particularidade dessa atividade é que ela, embora demande custos pela contratada, traz em si um proveito indireto de grandes proporções, uma vez que a instituição financeira passa a ter como potenciais clientes um grande número de servidores públicos, ativos e inativos, bem como seus pensionistas. Some-se a isso o fato de que tais pessoas geralmente possuem renda e estabilidade laboral superior à média da população, sendo a instituição menos sujeita a eventuais inadimplementos gerados por demissões, por exemplo.

Diante disso, pode-se dizer que o bem de que se está falando não é a “folha de pagamento”, ou mesmo a atividade em questão, mas a vantagem advinda à instituição financeira que a efetive. Por essa razão, mostra-se correto o entendimento esposado pelo TCU, ao considerar que o “poder” que tem a Administração de contratar instituição financeira para operacionalizar a folha de pagamento, por representar vantagem econômica, é um ativo, que pode ser objeto de negociação.

Contudo, é de se ver que não parece adequado caracterizar a vantagem advinda da operacionalização da folha como um bem autônomo, uma vez que ela é uma decorrência intrínseca do contrato de prestação do serviço de operacionalização da folha de pagamento, sob regime de exclusividade. Em outras palavras, dar tratamento de “bem” à folha de pagamento, ou à eventual vantagem decorrente de sua instrumentalização, é entendimento que criaria diversas dificuldades para sua negociação, uma vez que não se mostrariam adequadas às modalidades típicas previstas no direito administrativo, tais como a autorização, permissão ou concessão, não se podendo igualmente cogitar de alienação (art. 17 da Lei 8.666/93).

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.305.

Observe-se que tanto a autorização quanto a permissão de uso de bem público são atos unilaterais da Administração, marcados pela precariedade.<sup>3</sup> No caso em questão, não há como se vislumbrar uma simples utilização exclusiva do bem pelo particular, mas sim uma operação complexa que envolve concomitantemente a prestação de um serviço específico e determinado. Pelas mesmas razões, não há como se cogitar da concessão de bem público, nem das formas privadas que podem ser utilizadas, tais como a locação, por exemplo, ainda que elas sejam contratuais e não sujeitas à precariedade atinente à autorização e à permissão.

Por isso, a forma que se mostra mais adequada para que possa ser realizada a operação é o contrato administrativo de prestação de serviços. A única peculiaridade a esse respeito seria o fato de que, ao invés de pagar, a Administração receberia vantagens em dinheiro ou em bens.

Em realidade, a ocorrência de vantagens indiretas para o particular em contratos administrativos não é nenhuma novidade, e é em muitos casos decorrência natural de sua execução. Veja-se, por exemplo, que a montadora que se sagre vencedora de licitação para a compra de viaturas policiais certamente terá uma maior projeção perante o mercado, uma vez que veículos de sua marca estarão diariamente nas ruas realizando patrulhamento e sendo vistos pela população. Essa vantagem certamente é considerada no momento de formulação da proposta, visto que, diante de eventual aumento de vendas para o mercado privado, gerado pela maior exposição de sua marca, poderá a licitante reduzir sua margem de lucro.

Outro exemplo pode ocorrer na contratação de empresas prestadoras de serviços de informática. Certamente as empresas que desenvolvam *softwares* para grandes órgãos públicos terão maior prestígio no mercado privado, podendo isso aumentar seus lucros em negócios com particulares. Contudo, em tais casos, essas vantagens indiretas auferidas pela contratada ainda são menores do que o custo que o contrato administrativo lhe demanda, razão pela qual mostra-se indispensável o pagamento de valores pelo Poder Público.

De outra parte, pode-se pensar, ainda, num caso em que as vantagens indiretas sejam equivalentes ao custo do contrato, não havendo qualquer pagamento *in pecunia* pelas partes. Tal situação ocorreu, por exemplo, nas obras de reforma do Palácio da Alvorada, as quais foram custeadas integralmente por um grupo de empresas e efetuadas pela Associação Brasileira de Infra-Estrutura

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20.Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.637.

e Indústrias de Base (Abdib).<sup>4</sup> Nesse caso, a divulgação do nome das empresas, bem como o prestígio de ter realizado a restauração de tão famoso prédio público, foram, ao menos em tese, equivalentes ao ônus que tiveram com a obra.

No caso dos contratos envolvendo prestação de serviços de operacionalização de folha de pagamento, a peculiaridade reside no fato de que as vantagens indiretas auferidas pela instituição financeira com a venda de seus produtos e serviços é expressivamente superior aos custos que o contrato administrativo lhe demanda, daí o interesse econômico que têm as instituições financeiras em tais operações.

Se por um lado a Instituição Financeira paga pelo direito de ser contratada e tem o ônus de prestar um serviço adequado à Administração, por outro tem em seu favor a exclusividade de efetuar o pagamento a um grande contingente de potenciais clientes. Por tais razões, verifica-se que a forma mais adequada de ser instrumentalizada a operação em questão é o contrato de prestação de serviços, ainda que o ônus de pagamento recaia exclusivamente sobre a contratada.

## **2 A questão da exclusividade da instituição financeira para realizar o pagamento de servidores**

A vantagem econômica advinda do pagamento de vencimentos de servidores, como referido, é intrínseca à contratação de instituição financeira para tal finalidade. Essa vantagem se torna mais expressiva no momento em que seja prevista a exclusividade de apenas essa instituição fazer os pagamentos, impondo-se analisar a legalidade de tal aspecto.

Numa primeira análise, poder-se-ia argumentar que essa exclusividade retiraria a liberdade dos beneficiários dos valores, obrigando-os a contratar apenas com uma determinada instituição financeira. Igualmente, essa medida impediria outras instituições financeiras de efetuar os pagamentos aos servidores, prejudicando a concorrência e o livre exercício da atividade empresarial.

Tais objeções, em que pesem relevantes, não se justificam. Observe-se que, sob o viés do servidor, não lhe é causado nenhum prejuízo que possa tornar a exclusividade uma medida ilícita ou abusiva, visto que a ele não é imposto qualquer ônus para o recebimento dos valores. Isso porque a conta a ser aberta é totalmente

<sup>4</sup> Obra com custo total de R\$ 18,4 milhões, conforme notícia veiculada pelo Ministério da Cultura, disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/portal/montarDetalheConteudo.do?id=13137&sigla=Noticia&retorno=detalheNoticia>>, acesso em 21/09/2009.

isenta de tarifas, isenção essa que abrange inclusive a remessa da integralidade dos valores para outras instituições financeiras de livre escolha do seu titular.

Veja-se, quanto a isso, que a Resolução 3.402 do Conselho Monetário Nacional, publicada em 08/09/2006, prevê a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas. Pelos termos dessa norma, as instituições financeiras que instrumentalizem tais pagamentos devem fornecer serviços de saque, total ou parcial, e de transferência dos valores para outras instituições sem qualquer ônus para o seu titular, ressalvado o caso de eventuais serviços extraordinários contratados por ele.

Além disso, se, apenas por hipótese, o pagamento não fosse instrumentalizado por intermédio de instituição financeira, o servidor teria que receber seus proventos diretamente na sala do órgão responsável, que o realizaria igualmente de forma "exclusiva". A faculdade que hoje existe de efetuar o pagamento diretamente em quaisquer instituições financeiras indicadas pelo servidor é mera liberalidade da Administração, cuja supressão criaria, no máximo, uma mera necessidade de readaptação ao novo sistema.

Do ponto de vista do direito da concorrência,<sup>5</sup> é de se ver que igualmente não há qualquer ilicitude na exclusividade em comento. Isso porque não se está impedindo o servidor de contratar com outras instituições financeiras, nem de nelas manter os valores de seus proventos. Em realidade, como visto, o servidor poderá remeter os valores de sua remuneração integralmente para a instituição financeira que quiser, sem qualquer ônus, não havendo como ser prejudicado o mercado do segmento bancário.

Em realidade, vê-se a necessidade de ponderar duas situações opostas. De um lado, a exclusividade do pagamento em apenas uma instituição financeira poderá causar algum incômodo aos beneficiários dos valores, especialmente no momento inicial de sua implantação. Contudo, de outra parte, colocam-se as vantagens que serão auferidas pela Administração, que terá uma redução de diligências administrativas relativas ao pagamento, geradas pela sua simplificação, além de perceber valores que poderão ser utilizados para a melhoria da infraestrutura do próprio órgão, melhorando inclusive a qualidade do ambiente de trabalho dos servidores.

<sup>5</sup> Veja-se, a título de informação, que foi interposto mandado de segurança por uma instituição financeira privada em face da resolução do CMN acima referida, justamente sob o argumento do prejuízo à concorrência, tendo a ação sido extinta sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa e passiva e falta de interesse processual (MS 12700/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/06/2007, DJ 29/06/2007, p.473).

Assim, visto que não há qualquer ilegalidade na previsão de exclusividade, resta verificar se é possível a contratação de instituições privadas para o objeto em análise.

### **3 Possibilidade de contratação de instituições privadas para a operacionalização da folha de pagamento**

Desde logo é de se ver que não há, do ponto de vista legal ou constitucional, qualquer óbice à contratação de instituições privadas para a realização do pagamento de servidores. Isso porque os valores que são depositados nas contas não podem ser considerados como “disponibilidades de caixa”, os quais só podem ser depositados no Banco Central ou, no caso dos Estados, DF e Municípios, em instituições oficiais, como prevê o art. 164, § 3º, da Constituição da República.

Em realidade, os valores de disponibilidade de caixa pertencentes às entidades federativas jamais poderiam ser custodiados em instituições privadas, sob pena de afronta direta ao dispositivo constitucional. A esse respeito, é de se ver que mesmo no caso de o Poder Público deter parte não majoritária do capital, ou estar-se diante de instituição financeira originalmente pública, mas posteriormente privatizada<sup>6</sup>, jamais poderá ser derogada a norma constitucional, a não ser em caso de lei de caráter nacional, no caso dos entes diversos da União.

Analisando a hipótese em questão, entretanto, vê-se que os valores a serem operacionalizados pela instituição financeira pertencem exclusivamente aos servidores ativos, inativos e pensionistas do órgão pagador, não se confundindo com valores que se configurem como disponibilidades de caixa do ente público. Em realidade, no momento em que o Poder Público transfere os valores para as contas titularizadas pelos seus servidores, dá-se a transmissão da propriedade de tal numerário, razão pela qual se está diante de bens eminentemente particulares. Por essa razão, não incide a norma constitucional referida à hipótese, não havendo qualquer impedimento a que instituições privadas atuem nesse âmbito.

Nesse sentido, veja-se que o STF já decidiu a respeito da possibilidade de crédito da folha de pagamento em banco privado,<sup>7</sup> afastando a alegação de ofensa ao art. 164, § 3º, CF. Ao redigir o voto vencedor, o Min. Carlos Velloso, relator para o acórdão, assim

<sup>6</sup> Sobre o tema, veja-se o julgado pelo STF na ADI 3578 MC, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2005, DJ 24-02-2006 p.6.

<sup>7</sup> STF, Tribunal Pleno, Rcl-AgR 3872 / DF - DISTRITO FEDERAL, AG.REG.NA RECLAMAÇÃO, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 14/12/2005, DJ 12-05-2006, p.5.

expôs a questão, reproduzindo o voto que havia proferido no RE 444056:

Os pagamentos realizados aos servidores municipais não são disponibilidades de caixa, pois tais recursos, uma vez postos à disposição de servidores, têm caráter de despesa liquidada, pagamento feito, não estando disponíveis ao Município, pessoa jurídica de direito público interno, mas estão disponíveis aos servidores, credores particulares.

Dito isso, conclui-se que não há qualquer óbice a que a folha de pagamento de entes da Administração Direta seja instrumentalizada por instituições financeiras privadas.

#### **4 Modalidade de licitação para a contratação em questão**

Como já referido, o instrumento adequado para a instrumentalização de negócio envolvendo folha de pagamento é o contrato administrativo de prestação de serviços, não se devendo aplicar as formas atinentes à alienação ou ao uso de bens públicos por particulares.

Nesse contexto, resta perquirir se, em se tratando de serviços bancários de operacionalização de folha de pagamento, poder-se-ia aplicar o pregão, previsto na Lei 10.520/02, nos seguintes termos:

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.

Analisando as peculiaridades do objeto do contrato a ser firmado, vê-se que o serviço de operação da folha de pagamento, envolvendo abertura de contas, saques, transferências, etc. pode ser perfeitamente caracterizado como um “serviço comum”. Isso porque é plenamente possível definir em edital os padrões de desempenho e qualidade que serão exigidos, tais como número e área de abrangência de agências, caixas eletrônicos, capacidade de atendimento, infraestrutura, etc. Além disso, é de se ver que para a atividade bancária existe uma série de normas específicas expedidas pelo CMN e pelo Banco Central, tornando ainda mais facilitado o estabelecimento de padrões contratuais.

No entanto, é importante observar que a Lei 10.520/02 consigna expressamente que o critério para julgamento e classificação das propostas será o de “menor preço”, nos seguintes termos:



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

[...]

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;

Diante disso, e considerando que na hipótese em questão o interesse da Administração seria o de receber o “maior preço”, o TCU tem considerado lícito aplicar tal critério de julgamento ao pregão, de forma excepcional, por entender que tal medida se coaduna com o interesse público:

A adoção de critério de julgamento de propostas não previsto na legislação do pregão, do tipo maior valor ofertado para o objeto mencionado no item anterior, somente seria admissível, em princípio, em caráter excepcional, tendo em vista o relevante interesse público da aplicação deste critério alternativo para o atingimento dos objetivos institucionais do ente público e como mecanismo concretizador do princípio licitatório da seleção da oferta mais vantajosa para a Administração. Tal especificidade deve obrigatoriamente ser motivada e justificada pelo ente público no processo relativo ao certame, além de ter demonstrada sua viabilidade mercadológica.

Em realidade, é adequado o posicionamento transcrito, uma vez que não há óbice a que seja aplicado ao pregão critério de julgamento que não esteja previsto expressamente na lei. Isso porque se deve ter em mente a *ratio* da lei que criou tal modalidade de licitação, que é justamente a de propiciar à Administração a contratação mais vantajosa de bens e serviços comuns. Nessa senda, poder-se-ia dar à expressão “menor preço”, constante da norma, a interpretação de “melhor preço”, contemplando a hipótese em tela.

Assim, considerando que no caso em questão as vantagens advindas ao contratado seriam superiores aos ônus que o contrato lhe acarretaria, mostra-se totalmente adequado que, ao invés de a Administração escolher o “menor preço”, opte ela por contratar com aquele que lhe pagar o “maior preço” pela contratação.

Frise-se que, ao fazer-se essa interpretação, não se está desvirtuando o pregão, ou transformando-o numa espécie de leilão, dado que, como visto, o objeto do contrato é a prestação de serviços comuns, não se confundindo com a alienação de bens ou sua exploração por terceiros.

## 5 Questão da dispensa de licitação para contratação com instituições financeiras públicas

Visto que a contratação de instituição financeira pressupõe prévio procedimento licitatório, por força do disposto no art. 37, XXI, da Constituição da República, impõe-se perquirir se é possível dispensá-lo em caso da contratação de instituições financeiras públicas, tais como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, por exemplo.

A questão se torna mais relevante em razão do disposto no art. 24, VIII, da lei 8.666/93, o qual em linhas gerais prevê a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de entidade que integre a Administração Pública. Diante disso, poder-se-ia entender que a contratação de instituições financeiras que integrassem a Administração Pública indireta seria viável sem a realização de licitação, desde que elas tivessem sido criadas em data anterior à vigência da Lei 8.666/93 e que o preço fosse compatível com o praticado no mercado. Contudo, é de se ver que a norma em referência deve ser interpretada à luz do ordenamento constitucional, que disciplina de forma criteriosa a atuação do Estado como participante da economia, especialmente no art. 173.

Nesse contexto, antes de se definir a aplicabilidade da norma que permite a dispensa de licitação ao caso presente, faz-se necessário analisar a natureza jurídica da atividade prestada pela instituição financeira no contrato em comento, para então estabelecer qual o regime jurídico a ela aplicado.

### 5.1 A natureza jurídica da atividade a ser prestada pela instituição financeira e seu regime

Grau estabelece a atividade econômica (*lato sensu*) como um gênero do qual se destacam duas espécies: os serviços públicos e a atividade econômica *stricto sensu*. A prestação de serviços públicos, expõe ele, seria atividade com previsão direta ou implícita na Constituição, marcada pela sua vinculação ao interesse social<sup>8</sup>. Como exemplo, podem-se ter as atividades de transporte público, saúde, educação, correio, dentre diversas outras, as quais são prestadas diretamente pelo Estado ou através de particulares, por meio de autorização, permissão ou concessão.

De outra parte, a atividade econômica *stricto sensu* é aquela atividade que é desenvolvida dentro do contexto mercadológico. Quando a desempenha, o Estado o faz por exceção, vinculado es-

<sup>8</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.128.

tritamento às hipóteses constitucionalmente previstas, atuando no mercado em pé de igualdade com os agentes econômicos privados.

A respeito dessa classificação, assim sintetiza o referido Ministro, em voto proferido na ADI 1642:<sup>9</sup>

A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança as empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.

Diante disso, é de se ver que, quando uma empresa estatal, ainda que constituída sob a forma de direito privado, presta serviço público, goza ela das mesmas prerrogativas advindas do regime de direito público. Nesse sentido, o STF tem reconhecido, por exemplo, que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição se aplica aos Correios<sup>10</sup> e à Infraero<sup>11</sup>, as quais, embora sejam empresas públicas de direito privado, são prestadoras de serviço público de competência material da União.<sup>12</sup> Da mesma forma, tem-se reconhecido a impenhorabilidade dos bens dessas empresas, pelo mesmo fundamento.<sup>13</sup>

Contudo, quando uma empresa estatal desempenha atividade eminentemente econômica, fica vedada pela Constituição qual-

<sup>9</sup> Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2008, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00001

<sup>10</sup> RE 407099, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 22/06/2004, DJ 06-08-2004 PP-00062 EMENT VOL-02158-08 PP-01543 RJADCOAS v. 61, 2005, p.55-60 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p.286-97.

<sup>11</sup> RE 363412 AgR, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 07/08/2007, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-03 PP-00611.

<sup>12</sup> Serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X, CR/88) e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”).

<sup>13</sup> AI 243250 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 10/02/2004, DJ 23-04-2004 PP-00009 EMENT vol-02148-06 p.-01150.

quer prerrogativa que não seja extensível aos demais particulares. Isso porque, como referido, o desempenho de atividade econômica *stricto sensu* por parte do Estado submete-se ao regime da livre concorrência, princípio basilar da ordem econômica, insculpido no art. 170, IV, da Constituição. Assim, qualquer privilégio que fosse instituído apenas para as empresas estatais configuraria flagrante violação a esse princípio, bem como à isonomia, o qual igualmente consta com *status* constitucional. Tal imposição decorre, ainda, do próprio princípio republicano<sup>14</sup> e do regime capitalista<sup>15</sup> insculpidos na Carta de 1988.

Assim, quando se trata de empresa estatal que participa em igualdade com os particulares, deve-se observar o disposto no art. 173 da Constituição, que assim dispõe:

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

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Dando efetividade à norma acima transcrita, o STF tem considerado que quaisquer benefícios ou privilégios concedidos a empresa estatal que desempenhe atividade econômica *stricto sensu* é manifestamente inconstitucional. Veja-se, por exemplo, que foi dada interpretação conforme à norma prevista no art. 3º da Medida Provisória 1.522/96, a qual previu não serem aplicáveis as disposições do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) relativas ao advogado empregado às empresas públicas e sociedades de economia mista. A Corte Suprema reconheceu que a norma só seria constitucional se aplicada apenas àquelas empresas que não explorassem

<sup>14</sup> GRAU, 2008. 106.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.706.

atividade econômica em sentido estrito. Do contrário, criar-se-ia distinção descabida entre tais empresas e os particulares que atuassem em regime de concorrência no mercado.<sup>16</sup>

Em relação a essa dualidade de regimes, poderia surgir certa dificuldade no caso de empresas que desempenhem tanto atividade econômica *stricto sensu* quanto serviços públicos, tal como ocorre com a Caixa Econômica Federal, por exemplo. Observe-se que a essa empresa pública foi delegado o serviço público de exploração de loterias,<sup>17</sup> a par de desempenhar ela sua atividade bancária ordinária, a qual é tipicamente econômica, em regime de mercado.

Nesse caso, dever-se-á aplicar o regime atinente a cada uma dessas atividades, de acordo com a sua natureza. Em outras palavras, quando estiver prestando serviços públicos, a empresa poderá ter privilégios relativamente a tais atos, situação que não poderá se dar em relação às atividades econômicas em sentido estrito. Veja-se mais uma vez, a respeito disso, o posicionamento de Grau:<sup>18</sup>

Apenas para exemplificar: ao tratarmos das empresas estatais – entidades da Administração Indireta – que desenvolvem tanto serviços públicos quanto iniciativa econômica, deveremos, tendo em vista a sua aplicação a um e a outro tipo de atuação, construir modelos específicos de regimes de Direito Público e de Direito Privado, sempre desde a ponderação do conteúdo e da finalidade dos princípios que os informam. No caso específico das empresas estatais, tomando também como parâmetro para esta construção a disposição expressa no § 1º do art. 173 do texto constitucional.

Voltando os olhos para o caso presente, pode-se constatar que realizar os pagamentos da folha de servidores ativos, inativos e pensionistas é evidente atividade econômica em sentido estrito, não se confundindo de forma alguma com a prestação de serviços públicos ou com outras atividades estatais diversas. Isso porque ela é típica atividade bancária, que é desempenhada indistintamente por diversas instituições, privadas e públicas, inclusive para particulares.

Estabelecidas essas premissas, impõe-se analisar suas implicações no tocante à questão envolvendo dispensa de licitação no caso de instituição financeira pública.

<sup>16</sup> ADI 1552 MC, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/04/1998, DJ 17-04-1998 PP-00002 EMENT vol-01906-01 p.-00088

<sup>17</sup> V. art. 2º, d, Decreto-lei nº 759/69.

<sup>18</sup> GRAU, 2008. p.118.

## 5.2 Da inaplicabilidade do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 ao caso em tela

Visto o regime privado e concorrencial aplicável para empresas estatais que desempenhem atividade econômica em sentido estrito, não há como se considerar dispensável a licitação para a contratação de bancos públicos no caso presente, uma vez que isso implicaria numa vantagem que contraria frontalmente a Constituição da República.

Nesse sentido, é de todo inaplicável à espécie a norma do art. 24, VIII, da Lei de Licitações, que assim prevê:

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Observe-se que essa hipótese de dispensa é viável apenas para os casos de contratação de empresas que não desempenhem atividade econômica em sentido escrito, sejam elas prestadoras de serviços públicos ou de outras atividades intrínsecas à Administração Pública.

Em realidade, a hipótese de dispensa em questão relaciona-se com o fenômeno da descentralização, pelo qual a Administração direta, de modo a tornar mais eficiente a atividade estatal, cria entidades autônomas com finalidades específicas, a fim de delegar-lhe incumbências determinadas. No entanto, tal situação não se confunde com a criação, pelo Estado, de empresas de direito privado destinadas a atuar no mercado, as quais têm expresso fundamento constitucional, especialmente marcadas pelo relevante interesse coletivo ou por imperativos de segurança nacional.

Tal posicionamento, refira-se, é defendido por Justen Filho, que assim escreve a respeito do tema:<sup>19</sup>

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública).

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.303.

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada a inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão disciplinadas pelo art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia. Essa solução é indispensável para assegurar a livre concorrência.

O mesmo autor ressalta, ainda, que a dispensa prevista no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 só se aplica a entidades que tenham sido criadas "com a finalidade específica de fornecer bens e serviços à Administração Pública", exercendo tal atribuição de forma exclusiva.<sup>20</sup> Assim, considerando que as instituições financeiras públicas foram criadas precipuamente para exercer atividades econômicas de mercado, em participação com agentes privados – e não atender exclusivamente à Administração – reforça-se a inaplicabilidade do dispositivo a elas.

A respeito dessas questões, analisando a aplicabilidade de tal dispositivo à empresa Cobra Tecnologia S.A., que é uma sociedade de economia mista vinculada ao Banco do Brasil, assim se pronunciou o TCU, em voto da lavra do Min. Benjamin Zymler:<sup>21</sup>

Definida tal questão, poder-se-á verificar se, de fato, a Cobra constitui pessoa jurídica de direito privado criada para o fim específico de fornecer bens ou prestar serviços à Administração Pública, de forma a poder valer-se da dispensa de licitação, com espeque no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Outrossim, a confirmar-se seu *status* de empresa pública exploradora de atividade econômica, restará patente sua sujeição ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173, § 1º, II, da CF), devendo, portanto, submeter-se à licitação.

Tal entendimento do TCU tem sido igualmente adotado pelos Tribunais de Contas dos estados, como se pode ver de decisão do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia<sup>22</sup>, o qual

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p.303-4.

<sup>21</sup> Acórdão 1733/2004 – Plenário, Sessão 03/11/2004, DOU 17/11/2004, p.0.

<sup>22</sup> Processo nº 93090/08, Termo de Ocorrência - Prefeitura Municipal de Eunápolis, Relator: Cons. Paulo Marconi, j em 18/08/2009, íntegra disponível em <<http://www.tcm.ba.gov.br/docs/mpeunapolis.doc>>, acesso em 22/09/2009.

entendeu ser incabível a dispensa de licitação para situação que é análoga ao objeto do presente estudo, nos seguintes termos:

Cumpra salientar, ainda, que as sociedades de economia mista, que exploram atividade econômica, como o Banco do Brasil, são pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo Estado para servirem de instrumento para sua atuação no domínio econômico, conforme o artigo 5º, do Decreto-Lei 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal.

[...]

Sendo assim, fica evidente que o referido banco, apesar de fazer parte da Administração Pública Indireta, não foi criado com fim específico de prestar os serviços financeiros, objeto do citado contrato com o Município de Eunápolis, bem como não pertence ao mesmo nível de governo que o contratante, vez que se trata de um banco federal.

[...]

Por derradeiro, da leitura do instrumento contratual ora vergastado, infere-se que o mesmo não atendeu aos pressupostos exigidos pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem assim aos arts. 1º, 2º, 3º e 26 da Lei 8666/93, vez que o Banco do Brasil foi contratado para realizar serviços bancários, sem se submeter previamente ao devido certame licitatório, garantia constitucional que visa assegurar o princípio da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Da mesma forma, tem-se visto o ajuizamento de ações civis públicas com o fito de declarar a nulidade de contratos firmados com dispensa de licitação, em casos semelhantes ao que ora se analisa. Veja-se, como exemplo, a seguinte notícia, veiculada na página da Procuradoria da República em Minas Gerais:<sup>23</sup>

MPF pede anulação de contrato de prestação de serviços financeiros firmado entre o Município de Uberaba e a Caixa Econômica Federal

Uberaba. O Ministério Público Federal (MPF) ajuizou Ação Civil Pública perante a Justiça Federal de Uberaba para anular o contrato de prestação de serviços financeiros celebrado entre o Município de Uberaba e a Caixa Econômica Federal. Segundo a ação, o contrato seria nulo, porque foi celebrado sem licitação, em clara afronta ao que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição.

Em 24 de janeiro deste ano, o Município de Uberaba publicou a abertura de licitação, na modalidade pregão presencial, para a contratação de instituição financeira que prestasse, em regime de exclusividade, serviços

<sup>23</sup> <[http://www.prmg.mpf.gov.br/noticias/noti\\_result.php?id=1079&dados=>](http://www.prmg.mpf.gov.br/noticias/noti_result.php?id=1079&dados=>), acesso em 22/09/2009.



bancários de processamento da folha de pagamento dos servidores públicos municipais. O serviço incluiria o processamento das folhas da prefeitura municipal e das entidades da administração pública indireta: o Centro Operacional de Desenvolvimento e Saneamento, a Companhia de Desenvolvimento de Informática, a Companhia de Habitação do Vale do Rio Grande, a Fundação Cultural de Uberaba, a Fundação de Ensino Técnico Intensivo Dr. René Barsan, a autarquia Estádio Municipal Engenheiro João Guido e o Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais.

Três meses depois, em 04 de abril, a Prefeitura revogou a licitação, que, aliás, se encontrava suspensa devido a questionamentos feitos pelos licitantes, e autorizou a abertura de procedimento de Dispensa de Licitação para a contratação direta da Caixa Econômica Federal.

Assim, pode-se concluir que é incabível a dispensa de procedimento licitatório para a contratação de instituições financeiras no caso sob análise, ainda que sejam elas públicas, pertencentes à Administração Indireta.

Ressalva-se, contudo, que isso jamais impedirá que tais instituições participem do certame licitatório, sendo que em muitos casos terão elas grandes chances de se sagrar vencedoras, dado o seu porte e a qualidade dos serviços que prestam.

## Conclusão

Diante do exposto, podem-se sintetizar as seguintes conclusões:

a) Em que pese a faculdade de contratar instituições financeiras com percepção de vantagens para a Administração seja um ativo, a forma que se mostra mais adequada para que possa ser realizada a operação é o contrato administrativo de prestação de serviços.

b) A previsão contratual de exclusividade para que apenas uma ou algumas instituições financeiras prestem o serviço em questão não representa qualquer ilicitude, seja sob o ponto de vista da liberdade individual dos beneficiários, seja sob o prisma da livre concorrência.

c) Os valores a serem operacionalizados pela instituição financeira pertencem integralmente aos servidores ativos, inativos e pensionistas do órgão pagador, e não se confundem com “disponibilidades de caixa” da União. Assim, não se aplica o disposto no art. 164, § 3º da Constituição, razão pela qual podem ser contratadas instituições privadas.

d) A modalidade de licitação mais adequada ao objeto em questão é o pregão, ainda que o critério adotado seja o de “maior preço”, tendo em vista a *ratio* que inspira a legislação correlata.

e) A prestação a ser contratada é típica atividade econômica em sentido estrito, aplicando-se, no caso de ser desempenhada por entidade pública, regime de direito privado e de livre concorrência.

f) Desse modo, viola a Constituição a dispensa de licitação (art. 24, VIII, da Lei 8.666/93) para o caso da contratação de instituições financeiras públicas, integrantes da Administração Indireta.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Di-  
reito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem eco-  
nômica na Constituição de 1988:**  
interpretação e crítica. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentário  
à Lei de Licitações e Contratos  
Administrativos**. 12.ed. São Paulo:  
Dialética, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário  
Contextual à Constituição**. 5.ed.  
São Paulo: Malheiros, 2008.