

PROTOCOLO Nº: 800781/17
ORIGEM: MUNICÍPIO DE FOZ DO IGUAÇU
INTERESSADO: FRANCISCO LACERDA BRASILEIRO
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 628/18

Consulta. Pregão. Questionamentos acerca da discricionariedade na escolha da modalidade pregão, necessidade de justificativa e opção pela concorrência pública. Resposta à consulta.

Trata-se de consulta formulada pelo Prefeito do Município de Foz do Iguaçu, Sr. Francisco Lacerda Brasileiro, mediante a qual pretende obter o posicionamento deste Tribunal de Contas acerca das seguintes questões (peça 04):

1. É discricionariedade do gestor municipal, em escolher a modalidade licitatória, para material/serviços considerados comuns por pregão presencial ou eletrônico?
2. Em havendo a discricionariedade no caso de opção por pregão presencial e, o recurso não for de origem de transferência voluntária, haverá necessidade de justificativa?
3. Dependendo da complexidade do objeto a ser licitado, apesar de ser considerado comum, poderá ser aplicável a discricionariedade, pela escolha de concorrência pública?

A peça vestibular foi instruída com o parecer emitido pela assessoria jurídica da municipalidade (peça 03), cuja conclusão, em suma, foi no sentido de se utilizar o pregão na modalidade eletrônica para a aquisição de serviços e bens comuns, uma vez que é a maneira mais eficiente, sendo o pregão presencial justificado apenas no caso de ausência de internet. E, ainda, de não haver discricionariedade na escolha da modalidade das licitações, tendo em vista que as modalidades estão previstas na Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 10.520/02.

Por força do Despacho nº 2112/17 – GCAML (peça 07), a consulta foi recebida e, na sequência, a Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (Informação nº 136/17 – peça 09) indicou o Acórdão nº 405/13 – Tribunal Pleno como decisão correlata ao tema perante esta Corte, bem como apresentou a evolução jurisprudencial da matéria junto ao Tribunal e Contas da União, visando auxiliar na eventual resposta a ser fornecida ao consulente, abarcando o período de 2010 a 2016¹.

¹ Acórdão nº 1584/2016 - Plenário; Acórdão nº 2789/2013 - Plenário; Comunicação de Cautelar - TC 018.514/2013-8; Comunicação de Cautelar - TC 007.473/2012-5; Acórdão nº 1515/2011 - Plenário;

No Parecer nº 40/17 (peça 18) a Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos sugeriu que as questões suscitadas sejam respondidas da seguinte forma:

1. Quanto a preferência em utilizar-se o pregão presencial em detrimento do eletrônico, a princípio não se vislumbra impedimento, até mesmo porque para realização de licitação por meio eletrônico é necessária regulamentação prévia por parte do município.

Porém, ao optar pela modalidade pregão na forma presencial e tendo em vista que todo ato administrativo deve ser justificado, o município deve apresentar o motivo em ter escolhido tal procedimento.

2. Sim, há sempre a necessidade de motivar os atos administrativos e, com base no princípio da eficiência (art. 37, CF), bem como no art. 3, inciso I da Lei nº 10.520/2002 e art. 50 da Lei nº 9.784/1999, não devem ser limitadas as justificativas quando se tratar de interesse público.

3. A escolha da modalidade licitatória não é discricionária, uma vez que o agente público deve sempre agir de acordo com o interesse da coletividade, sendo que a lei, doutrina e jurisprudência mencionam a prioridade pela licitação na modalidade pregão, tendo em vista a celeridade deste procedimento e a possibilidade de redução de preço.

Não havendo, portanto, complexidade demonstrada no objeto do certame, será o pregão a modalidade indicada para a aquisição de bens e serviços considerados comuns.

Após, vieram os autos à intervenção ministerial.

Inicialmente, impõe-se registrar que a consulta preenche os requisitos legais de admissibilidade, disciplinados no art. 38 da LOTCE/PR: legitimidade da autoridade consulente, objetividade dos quesitos e delimitação da dúvida, objeto pertinente à competência material do controle externo, prévio exame do órgão de assessoria local e formulação em tese.

No mérito, diverge-se, em parte, do tratamento jurídico dispensado pelo segmento técnico desta Corte, conforme se demonstrará adiante.

Quanto ao primeiro questionamento, de fato, o pregão poderá ser realizado na forma presencial ou eletrônica, sendo que esta modalidade permite maior transparência nos processos licitatórios e amplia o âmbito de controle; aumenta competitividade com a participação de mais licitantes, gerando maiores oportunidades de negócio; garante economia nas aquisições de bens e serviços comuns; confere maior agilidade nas aquisições, em virtude da simplificação dos procedimentos realizados durante as etapas da licitação.

Nesta esteira, cumpre indicar o Acórdão nº 984/09, proferido pelo Tribunal Pleno deste TCE/PR nos autos de Consulta nº 363315/09, cuja dúvida apresentada naquela oportunidade versava sobre a possibilidade de o órgão público que recebe repasses voluntários do Estado do Paraná realizar licitações de bens e

Acórdão nº 2245/2010 - Plenário.

serviços comuns na modalidade pregão presencial, mediante a justificativa de apoio ao comércio local, ou a manutenção dos costumes.

A resposta foi no sentido de que a *adoção do pregão presencial somente é permitida quando estiver devidamente justificada a inviabilidade da utilização do pregão eletrônico, que deve ser adotado preferencialmente, devendo observar-se, em todos os casos, o disposto no art. 70, inciso I da Lei nº 15.608/07, que veda expressamente que conste do instrumento convocatório cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes, sem prévia motivação.*

Ademais, cumpre destacar que o Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, prevê, no seu art. 4º², a obrigatoriedade da modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica. Contudo, tais disposições são aplicáveis no âmbito da União, razão pela qual este Decreto somente pode ser utilizado como parâmetro para os demais entes federativos, não possuindo caráter vinculativo.

Verifica-se, então, que não há óbice legal à utilização do pregão na modalidade presencial, mas é inquestionável a vantajosidade da escolha do pregão na sua forma eletrônica, devendo a municipalidade motivar a sua decisão caso opte por aquele tipo de pregão.

A motivação dos atos administrativos é necessária, pois se revela uma garantia de legalidade tanto ao interessado como à Administração Pública, além do dever de observância aos princípios que regem as relações abarcadas sob o manto do Direito Administrativo. Desta forma é que o segundo quesito é respondido, pois é imperativa a motivação dos atos da Administração a teor do que, a exemplo, dispõe o art. 3, inciso I³ da Lei nº 10.520/2002.

Sobre a terceira indagação, faz-se necessário ressaltar os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ acerca da discricionariedade, que, para o referido autor, consubstancia:

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois

² 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.

§ 2º Na hipótese de aquisições por dispensa de licitação, fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, as unidades gestoras integrantes do SISG deverão adotar, preferencialmente, o sistema de cotação eletrônica, conforme disposto na legislação vigente.

³ Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, 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;

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 48.

comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ leciona que a atuação estatal é discricionária quando, diante de um caso concreto, a Administração *tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.*

A noção de discricionariedade deve ser considerada como a margem de liberdade conferida por meio da lei à Administração para que esta, diante do caso concreto, avalie a sua atuação conforme ao que melhor atenda ao interesse público. Haverá margem de discricionariedade quanto à escolha da modalidade licitatória desde que a lei permita e que o agente público aja pautado no interesse público.

Veja-se que a concorrência pública é a modalidade mais ampla de licitação existente, já que possibilita a participação de qualquer licitante interessado na realização de obras e serviços e na aquisição de qualquer tipo de produto. Em decorrência dessa possibilidade de participação de qualquer licitante é que a concorrência é a modalidade que apresenta requisitos mais rígidos para a fase de habilitação, indicada para contratações de grande vulto. Os limites para compras são: a) obras e serviços de engenharia acima de R\$ 1.500.000,00; b) obras, produtos e serviços comuns acima de R\$ 650.000,00⁶.

Portanto, inexistindo a complexidade no objeto do certame, será o pregão a modalidade indicada para a aquisição de bens e serviços considerados comuns, pois é o meio que possui maior celeridade, além de possibilitar a redução dos custos.

Diante do exposto, este representante do *Parquet* conclui pela resposta à consulta nos seguintes termos:

1. É inquestionável a vantajosidade do pregão na sua forma eletrônica, a qual necessita de regulamentação prévia por parte da municipalidade, mas não há óbice legal quanto à utilização do pregão na modalidade presencial, devendo a municipalidade motivar a sua decisão caso opte por este.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 255.

⁶ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: [...]

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior: [...]

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

2. A motivação dos atos administrativos é necessária, pois se revela uma garantia de legalidade tanto ao interessado como à Administração Pública, além do dever de observância aos princípios que regem as relações abarcadas sob o manto do Direito Administrativo.

3. Existe margem de discricionariedade acerca da escolha da modalidade licitatória desde que a lei permita e que o agente público aja pautado conforme o interesse público. Inexistindo a complexidade no objeto do certame, será o pregão a modalidade indicada para a aquisição de bens e serviços considerados comuns, pois é a modalidade que possui maior celeridade, além de possibilitar a economicidade.

Diante de todo o exposto, o Ministério Público de Contas se manifesta pela resposta à consulta nos termos deste parecer.

Curitiba, 13 de junho de 2018.

Assinatura Digital

FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI
Procurador-Geral do Ministério Público de Contas