

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO : Consulta formulada “em tese”. Interpretação do inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93. Ementa PGM nº 10.025 de 2001. Divergência jurisprudencial. Existência de riscos, especialmente na contratação de entidades de entes federativos diversos que tenham como finalidade o fornecimento de utilidades no mercado, em competição com particulares. Impossibilidade de definição *a priori* a respeito da viabilidade ou não da contratação. Necessidade de avaliação, pelo contratante, do caso concreto.

Informação nº 24/2011 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

Assessoria Jurídico-Consultiva

Senhora Procuradora Assessora Chefe

A Secretaria Municipal de Educação nos encaminhou a presente consulta acerca da interpretação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93, objetivando a revisão do entendimento manifestado no parecer de lavra da Procuradora Valéria Aparecida de Lima Ebide, que deu origem à ementa 10.025 de 2001.

Na ocasião, concluiu-se pela restrição da aplicabilidade da dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 às entidades paraestatais criadas pelo ente político para a ele fornecer produtos ou serviços, ou então às que não exerçam atividade econômica com intuito lucrativo.

Aduz, SME, que a redação do dispositivo legal não restringe a contratação direta aos entes da mesma esfera federativa, bastando que integrem a “administração pública” – que, nos termos do art. 6º, XI, do mesmo diploma, engloba a administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios.

Cita doutrina que fundamenta seu entendimento, bem como acórdão proferido pelo Tribunal de Contas do Município no processo TC 233.07-80, no qual afastou-se “denúncia” por entender que a Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP poderia ser contratada pelo Município, não obstante visar o lucro e vincular-se a outro ente federativo.

Anota, ao final, que existem, de fato, posicionamentos divergentes acerca da matéria, mas que, diante de tal situação, não haveria que se restringir a aplicação do dispositivo e, conseqüentemente, o agir administrativo, mas sim deixar em aberto a atividade hermenêutica pelos órgãos para a escolha da melhor interpretação no caso concreto.

É o relatório.

1. AS QUESTÕES DECORRENTES DA INTERPRETAÇÃO DO DISPOSITIVO

Conforme salientado na consulta de SME, a questão é altamente controvertida, existindo múltiplos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais de Justiça.

Dispõe inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93: “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”.

As divergências relacionam-se a duas expressões mencionadas no dispositivo: “prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública” e “que tenha sido criado para esse fim específico”.

2. EXPOSIÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ACERCA DO PRIMEIRO PONTO – A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE VINCULADA A ENTE FEDERATIVO DIVERSO

Com relação à primeira expressão, a **doutrina majoritária** entende que a **finalidade** do preceito legal é dispensar a licitação para a contratação com entidades descentralizadas **do próprio ente federativo** – ou seja, criadas pelo próprio ente. Entendem que, se a União, o Estado ou o Município decidiram criar uma pessoa jurídica para prestação de certa atividade de interesse público, não teria lógica a instauração de procedimento concursal para selecionar empresa para a prestação desta atividade.

Cabe a cada ente federativo a decisão a respeito da prestação ou não de certa atividade de interesse público (observados, obviamente, os preceitos constitucionais, em especial os previstos nos arts. 170 a 181), bem como a forma de prestação – se diretamente ou por entidade¹ descentralizada. Assim, se estas entidades são instrumentos de atuação do Poder Público, não tem sentido que se exija, deste, a contratação por meio de licitação de ente integrante da própria Administração prestadora da utilidade.

Daí certos juristas entenderem que a aplicação do inciso VIII do art. 24 restringe-se à contratação de entidade criada pelo próprio ente federativo que deseja contratar. **Afirmam que, fora desta hipótese, o inciso VIII não poderia ser fundamentado em qualquer princípio jurídico que justificasse o afastamento da necessidade de licitar.**

Na doutrina, compartilham desta posição Marcos Juruena Villela Souto², Carlos Ari Sundfeld³, Antônio Carlos Cintra do Amaral⁴, Diógenes Gasparini⁵ e, ao que parece, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶.

De outro lado, posicionam-se aqueles que defendem que **a restrição** à contratação de entidades criadas pelo próprio ente **não se encontra no texto normativo**. Pelo contrário. Sustentam que o próprio estatuto federal de licitações e contratos qualifica, no **art. 6º, XI**, “Administração Pública” como “*administração direta e indireta*”

¹ Usaremos “entidade” para designar as pessoas jurídicas de direito privado criadas por ente federativo.

² *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 105 e ss.

³ *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 58 e ss.

⁴ *Dispensa de Licitação para Contratação de Empresa Municipal Criada para Prestar Serviços à Prefeitura (interpretação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93)* in Rev. Trimestral de Direito Público n. 20/1997, p. 117.

⁵ *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 522.

⁶ *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 116 e ss. A autora coloca como requisito para aplicação do dispositivo, ser “o contratado órgão ou entidade da Administração Pública, criado para o fim específico de prestar bens ou serviços ao próprio ente que o criou” (g.n.) (p. 118).

da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”. Portanto, não só a **Lei 8.666/93** não só não restringiria a contratação, como **a admitiria** expressamente.

Neste sentido, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes⁷ e, de certo modo, Marçal Justen Filho⁸. Interessante o posicionamento deste último autor, para quem só poderá haver, em verdade, convênio entre o ente da administração direta e entidade descentralizada de ente diverso. Em seu entender, admitida a colaboração entre os entes federativos, nada obsta uma cooperação entre um ente e uma entidade descentralizada de outro ente.

Pelo exposto, **observamos uma tendência doutrinária em restringir os efeitos do inciso VIII às pessoas jurídicas criadas pela administração direta como instrumentos de sua atuação. No entanto, quando analisamos a jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais de Justiça, verificamos a tendência inversa, muito embora existam poucos julgados sobre o tema.**

Assim, o **Tribunal de Justiça de São Paulo**, em pelo menos duas ocasiões, entendeu regular a contratação direta entre Municípios e entidades criadas por outros entes federativos. Na apelação 389.841-5/4-00⁹, o Tribunal julgou legal a contratação da VUNESP pela Câmara Municipal de Suzano, e no julgamento da apelação 107.412-5/9¹⁰ considerou igualmente regular o vínculo contratual sem licitação entre o Município de Jaú e a Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo – CODASP. O mesmo entendimento foi manifestado no acórdão referente à apelação 990.10.059277-7¹¹, que apreciou o ajuste direto entre o Município de Jacareí e o Banco do Brasil.

O **Tribunal de Contas da União**, por sua vez, já considerou regular a contratação direta do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo – IPT, entidade criada pelo respectivo Estado, pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria, e Comércio Exterior – MDIC¹².

O **Tribunal de Contas do Estado de S. Paulo** considerou regular a contratação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666, da IMESP – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo pelo Município de Socorro¹³. Também julgou regular a avença entre Caraguatatuba e a FURP – Fundação para o Remédio Popular, que se trata de laboratório fabricante de medicamentos criado pelo Estado de São Paulo¹⁴.

Por fim, a **corte municipal de contas** não destoia dos entendimentos dos demais tribunais neste aspecto, motivo pelo qual já julgou legais os contratos diretos entre o Município de São Paulo e a Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB¹⁵ e a IMESP – Imprensa Oficial do Estado de São Paulo¹⁶.

⁷ *Contratação Direta sem Licitação: modalidades, dispensa e inexigibilidade de licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 387. Parecer citado na consulta que ora respondemos.

⁸ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 250.

⁹ 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Regina Capistrano; j. em 27/01/2009.

¹⁰ 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Climaco de Godoy; j. em 8/06/2000.

¹¹ 3ª Câmara de Direito Público; Rel. Des. Marrey Unt; j. em 30/11/2010.

¹² Acórdão 681/2009 – Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti.

¹³ TC 3566/003/08; Rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga.

¹⁴ TC 2576/007/07; Rel. Cons. Renato Martins Costa.

¹⁵ TC 72-006.472/97*08; Rel. Cons. Roberto Braguim.

¹⁶ TC 233.07-80; Rel. Cons. Miguel Kirsten. Acórdão citado na consulta que ora respondemos.

Não encontramos, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ou nos Tribunais de Contas da União, do Estado de São Paulo ou do Município de São Paulo, acórdão no qual se afirme a impossibilidade de contratação de entidade criada por ente federativo diverso. No Superior Tribunal de Justiça apenas localizamos o Resp 763.762/GO, julgado em 2005 e citado à frente, em que se decidiu a respeito da impossibilidade de contratação direta, por Município (com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666), de sociedade de economia mista do Estado de Goiás para prestação do serviço de saneamento e abastecimento de água de sua sede. Porém, não fica claro se foi reconhecida tal impossibilidade por se tratarem de entes diversos ou em razão da qualidade da contratada.

3. EXPOSIÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ACERCA DO SEGUNDO PONTO – A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE QUE COLOQUE SEUS SERVIÇOS À DISPOSIÇÃO DE PARTICULARES NO MERCADO CONCORRENCIAL

Partimos, assim, para a segunda expressão controversa, que diz respeito à adequação entre a atividade para a qual a contratada foi criada e o objeto da contratação.

A **questão que se coloca** é quanto à necessidade ou não da finalidade da contratada consistir, **exclusivamente**, na prestação de utilidades à Administração – ou, dito de outro modo, **se a entidade contratada poderia também oferecer seus bens e serviços no mercado, disputando-o com privados**.

Tal questão surge em razão do disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, segundo o qual:

“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:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”

Defendem, **os doutrinadores anteriormente citados**, que a lei não poderia dispensar a licitação para contratação de empresas, ainda que criadas pelo Estado, quando as mesmas exercerem atividade econômica em competição com as empresas privadas. Fazem, portanto, uma **interpretação do dispositivo conforme a Constituição para excluí-las da incidência do inciso VIII do art. 24, na medida em que elas não poderiam ser privilegiadas com a dispensa de licitação para contratação com o Poder Público**.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “quando a Administração exerce atividade econômica com base no art. 173, ela o faz a título de intervenção no domínio econômico, para subsidiar a iniciativa privada, e não para concorrer deslealmente com

ela, o que ocorreria se tivesse, a empresa estatal, o privilégio de ser contratada sem licitação”¹⁷.

Ressalva-se o entendimento de Marcos Juruena Villela Souto, para quem o **próprio ente criador da entidade** poderia contratá-la, ainda que prestasse a atividade em concorrência com privados. Primeiro porque a empresa não poderia ser caracterizada como “terceiro” perante o ente que a criou (já que integra a sua administração indireta), sendo que a Lei só obriga a licitação para contratação de terceiros. Em segundo porque, se a entidade foi criada pelo Poder Público, presume-se que exista um interesse público por trás da sua criação, que a Administração criadora da entidade pode querer incentivar mediante a sua contratação.

Observamos, portanto, que a **doutrina majoritária** entende que a entidade a ser contratada com fundamento no inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93 deve ter como fim específico a realização de atividades para o Poder Público, direta ou indiretamente, **não podendo concorrer no mercado com privados**.

Passamos, agora, à análise jurisprudencial.

O **Superior Tribunal de Justiça**, segundo pesquisamos, tem uma decisão sobre o assunto, já mencionada anteriormente. Discutia-se, dentre outras questões, a possibilidade de contratação direta da Cia. de Saneamento de Goiás por Município daquele Estado, para prestação de serviço de abastecimento e saneamento de alguns locais determinados. Convém a reprodução da ementa e parte do voto:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COMINATÓRIA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ENTRE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA E MUNICÍPIO. INEXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RETOMADA DOS SERVIÇOS. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO PRINCIPAL. ALCANCE DA EXPRESSÃO “DEFINITIVAMENTE JULGADA” DO ART. 306 DO CPC. DECISÃO JUDICIAL HOMOLOGATÓRIA DE TRANSAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA FORMAL. CERCEAMENTO DE DEFESA: INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VÍCIO INSANÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO

1. Rejeitada pelo juiz de primeiro grau a exceção de suspeição e interposto agravo de instrumento contra tal decisão, ficam os autos principais suspensos. Julgado aquele recurso, volta o processo ao seu curso normal. Esta a interpretação cabível à expressão “definitivamente julgada”, constante do art. 306 do CPC, que se refere à própria exceção.

2. Eventuais recursos especial e extraordinário interpostos do acórdão do Tribunal que confirmou a rejeição da exceção não têm o condão de paralisar os autos principais, por não possuírem efeito suspensivo.

3. A decisão judicial que homologa acordo entre os litigantes do processo não produz coisa julgada material, podendo ser anulada a avença por ação diversa da rescisória. Precedentes.

4. Considerando a natureza mandamental da ação cominatória, objetivando a retomada dos bens necessários à operacionalização do serviço, não há que se falar em cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de produção de prova para avaliação do acervo da SANEAGO.

¹⁷ *Temas Polêmicos...* Ob. cit., p. 119.

5. *As sociedades de economia mista submetem-se ao regime jurídico das empresas privadas, sendo indispensável o procedimento licitatório para concessão dos serviços de fornecimento de água potável e eliminação de detritos.*

6. *Havendo vício insanável no contrato por ausência de licitação, inócua qualquer discussão em torno da possível irregularidade do procedimento de caducidade.*

7. *Inexiste dissídio jurisprudencial em torno do alcance do art. 4º da Lei 8.437/92 se a decisão do Presidente do STJ foi retratada, restando mantidos os efeitos da tutela antecipada pelo juízo singular.*

8. *Recurso conhecido em parte e, nessa parte, improvido.*

(STJ; Resp 763.762/GO; Rel. Min. Eliana Calmon; j. em 20/09/2005)

Segundo o **voto** da Ministra relatora:

“O primeiro dos argumentos diz respeito à dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso XVIII [pela leitura do acórdão, fica claro que a Relatora estava se referindo, em verdade, ao inciso VIII], da Lei de Licitações. Verifica-se, de plano, ser o dispositivo regra de exceção, interpretada de forma restritiva, conseqüentemente.

Sobre o comando legal em comento, afirma Marçal Justen Filho, em sua obra, "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" que é possível encontrar empresas dedicadas à prestação de serviço público, seja oferecendo o serviço diretamente, seja dando suporte técnico, ou empresas que se dedicam a atividades econômicas e, nessa condição, realizam atividades para o serviço público. Mas o inciso VIII do art. 24 da Lei de Licitação só dá respaldo à contratação direta entre a pessoa de direito público e a entidade que por ela seja criada com o só objetivo de prestar o serviço, a que a lei chama de fim específico.

Na hipótese dos autos, temos uma sociedade de economia mista do Estado de Goiás, já existente para prestar serviço ao Estado, contratada pela municipalidade, o que retira, de logo, a excepcionalidade do dispositivo legal aqui analisado.”

O **Tribunal de Contas da União (TCU)** também já analisou a (im)possibilidade de contratação, com fundamento no citado dispositivo, da Petrobrás, pela União, para o fornecimento de combustíveis. Segue a ementa:

“PEDIDOS DE REEXAME. DENÚNCIA. AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE DE DOIS RECURSOS. INADMISSIBILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO CONHECIDO.

1 - Não se conhece de recurso intempestivamente apresentado, mormente se ausentes fatos supervenientes à decisão recorrida, capazes de suplantar a ausência do referido requisito de admissibilidade.

2 - É ilegal a aquisição direta de combustível, por dispensa de licitação, ainda que seja o fornecedor entidade da administração indireta, no caso sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, submetida, portanto, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.”

(Acórdão TCU 2063/2005-Plenário)

Por outro lado, o mesmo Tribunal de Contas da União julgou regular a contratação do Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo (IPT/SP) por Ministério, com fundamento no inciso VIII do art. 24, sem questionar o fato da instituição também prestar serviços à iniciativa privada, bem como o fato de existirem diversas outras instituições, no mercado, aptas a realizar consultoria em informática (objeto do contrato celebrado)¹⁸.

No Estado de São Paulo, o **Tribunal de Contas (TCE/SP)** já julgou irregulares as contratações entre diversos Municípios e a Cobra Tecnologia S/A (subsidiária do Banco do Brasil)¹⁹. Curioso notar que o parecer da PGM questionado, que deu origem a ementa 10.025 de 2001, foi lavrado exatamente para tratar da contratação entre o Município de São Paulo e tal empresa.

O TCE/SP também julgou irregulares as contratações com a Petrobrás, para aquisição de emulsão asfáltica²⁰, bem como com o Banco do Brasil, para prestação de serviços financeiros²¹.

Entretanto, assim como o TCU, considerou legal a contratação direta do IPT/SP pelo Estado de São Paulo²², bem como por Municípios. Também julgou regular a contratação, por Município, da Fundação para o Remédio Popular – FURP, laboratório do Estado de São Paulo que também vende medicamentos para privados (ainda que em pequena escala)²³.

O **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)** já teve oportunidade para analisar a legalidade de algumas contratações diretas efetivadas com base no art. 24, VIII. Na maioria dos casos, julgou-as regulares, ainda que efetivadas por entes federativos diversos e tendo como objeto atividade econômica exercida em concorrência com particulares.

Assim, considerou legal a contratação, por Municípios, da Fundação para o Vestibular da Universidade Estadual Paulista – VUNESP²⁴; da Companhia de Desenvolvimento Agrícola de São Paulo – CODASP²⁵; assim como do Banco do Brasil. Convém a reprodução de trecho do acórdão deste último caso:

“No presente caso, a dispensa de licitação atendeu aos parâmetros do art. 24, VIII, da Lei n° 8.666/93. A empresa contratada integra a administração pública já que subsidiária do Banco do Brasil S/A, o objeto do contrato está abrangido por seu objeto social, foi criada anteriormente à Lei n° 8.666/93 e o preço contratado estava compatível com o praticado no mercado.
(TJSP; 3ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível n° 990.10.059277-7; Rel. Marrey Unt; j. em 3/11/10)

¹⁸ Acórdão 681/2009 - Plenário

¹⁹ Processo 1832/003/05 – Pleno.

²⁰ Processo 494/009/08 – 1ª Câmara

²¹ Processo 921/006/08 – 1ª Câmara

²² Processo 33764/026/07 – 1ª Câmara

²³ Processo 2576/007/07 – 2ª Câmara

²⁴ Apelação 389.841-5/4-00; 1ª Câmara de Direito Público; Rel. Regina Capistrano; j. em 27/01/2009.

²⁵ Apelação 107.412-5/9; 4ª Câmara de Direito Público; Rel. Climaco de Godoy; j. em 8/06/2000.

Por outro lado, o Tribunal paulista considerou irregular, em ação de improbidade, a contratação entre Município e a Petrobrás para aquisição de emulsão asfáltica²⁶.

No âmbito municipal, o **Tribunal de Contas do Município (TCMSP)** entendeu regular a contratação tanto da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB²⁷ como a da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo – IMESP²⁸, pela Municipalidade, com fundamento no inciso VIII.

Na **advocacia pública**, foram identificados enunciados sobre o tema na Advocacia Geral da União e na Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

Dispõe a O.N. nº 13 da AGU, de 1/04/2009:

“EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.”

Segundo o Enunciado nº 7 da **PGE/RJ**, “a contratação direta com fundamento no art. 24, incisos VIII e XVI da Lei 8.666/93 somente pode ser efetivada com entidades integrantes da própria Administração Pública estadual”.

Observamos, pela análise acima, que **a questão ainda é tormentosa**. As decisões judiciais e dos Tribunais de Contas são **casuísticas**, de forma que **não se consegue identificar uma tendência segura**.

4. CONCLUSÕES PARCIAIS ACERCA DO PRIMEIRO PONTO – SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE VINCULADA A ENTE FEDERATIVO DIVERSO

Como exposto, não é tranqüila a possibilidade de contratação direta de entidades de entes federativos diversos, especialmente na doutrina. Porém, na jurisprudência, tanto do Tribunal de Justiça como do Tribunal de Contas de São Paulo (e mesmo no Tribunal de Contas da União), tem-se admitido tal contratação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93.

O fundamento principal utilizado pela doutrina majoritária para restringir a contratação às entidades vinculadas ao próprio ente é a inexistência de fundamento jurídico para a extensão da aplicação do dispositivo às demais entidades. Dito de outra forma: acreditam ser justificável a possibilidade de contratação, sem licitação, de empresa criada pelo próprio ente para prestação do serviço demandado, na medida em que, neste caso, é a própria Administração prestando um serviço a ela mesma, de modo que não teria sentido a imposição de licitação. Porém, não enxergam fundamento principiológico, de interesse público, na possibilidade de contratação direta de entidade de ente federativo diverso e, assim, negam-na.

²⁶ Apelação 738.220-5/9-00; 6ª Câmara de Direito Público; Rel. Oliveira Santos; j. em 25/08/2008.

²⁷ Processo 72-006.472/97*08 – 2ª Câmara

²⁸ Processos 233.07-80 e 2.792.06-61 – Pleno.

Ocorre que, **se restringimos a aplicação do inciso VIII do art. 24 apenas às entidades da própria órbita do ente contratante, devemos concluir pela completa inutilidade do dispositivo**²⁹. Isto porque, nos termos do art. 2º da Lei 8.666/93, a licitação só é obrigatória em caso de contratação com “terceiro”, e **a entidade que integra a administração indireta do ente não pode ser qualificada como “terceiro”**. Assim, de qualquer modo, não seria necessária licitação, com fundamento no art. 2º. Para estas entidades, sequer há que se cogitar da necessidade de constituição “*em data anterior à vigência desta Lei*”, como exige o inciso VIII.

Antes de simplesmente concluirmos pela imprestabilidade do comando legal, impõe-se procurar alguma utilidade para o mesmo. Afinal, a norma existe e está em vigor. Resumir seu alcance a ponto de esgotar por completo a sua eficácia não me parece, a princípio, a melhor interpretação.

Partindo, então, do pressuposto de que nenhuma norma é criada para, de antemão, ser inútil, a única interpretação possível para o dispositivo seria a de que o mesmo dispensa a contratação de entidades vinculadas a entes diversos.

O fundamento de interesse público por trás da dispensa de contratação de pessoas jurídicas criadas por entes diversos seria a **cooperação** entre os entes, tão necessária em um Estado Federativo como o nosso, mas, salvo em alguns casos pontuais, pouquíssima praticada.

Especialmente em países estrangeiros, é comum a criação, pelo ente federal, de entidades de suporte à atividade administrativa tanto da própria administração federal como (e até principalmente) das administrações locais. São entidades que já nascem com *expertise* para os tipos de problemas comuns às administrações e destinadas a resolvê-los.

Assim, se um Município não possui uma empresa de processamento de dados, porque não pode optar por se valer da empresa estadual ou federal, se os preços cobrados por ela são compatíveis com os do mercado?

A norma pode ser um importante instrumento para incentivar a cooperação entre os entes e a centralização da gestão de certa área, com **possíveis ganhos** para ambas as administrações. Assim, creio, pessoalmente, que o comando legal não é despido de fundamento caso interpretado para abranger a possibilidade de contratação de empresa vinculada a ente diverso.

Ademais, em toda criação, por entes federativos, de entidades para prestação de utilidades, deve haver um “*relevante interesse coletivo*” que justifique a sua constituição, sob pena de ofensa ao art. 173, *caput*, da Constituição.

A jurisprudência, quando admite tal contratação (vimos que a jurisprudência majoritária o faz), normalmente a fundamenta: (1) na inexistência de restrição no próprio inciso VIII; e (2) no art. 6º, XI, da Lei 8.666, que considera “Administração Pública” (termo mencionado no inciso VIII do art. 24) como “*administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas*”. Não perquire, assim, a natureza do

²⁹ Esta é, aliás, a conclusão de Marçal Justen Filho. *Comentários à Lei de Licitações* Ob. cit., p. 250.

interesse que levou à criação da entidade e à sua contratação pelo mesmo ente ou ente diverso.

Lembramos, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça tem decisão contrária à dispensa de licitação, fundamentada no inciso VIII, para contratação de empresa estadual de saneamento por Município. Ao que parece, porque era sociedade de economia mista e não havia sido criada especificamente para prestação de serviço ao Município, mas ao Estado (a meu ver, a questão se resolveria pelo art. 175 da Constituição...).

5. CONCLUSÕES PARCIAIS ACERCA DO SEGUNDO PONTO – SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DE ENTIDADE QUE COLOQUE SEUS SERVIÇOS À DISPOSIÇÃO DE PARTICULARES NO MERCADO CONCORRENCIAL

Quando da exposição sobre o tema, constatamos que a doutrina majoritária era contrária a tal possibilidade, em razão do disposto no art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição, enquanto a jurisprudência se encontra dividida. Podemos, entretanto, ver que existe uma **sinalização jurisprudencial**, ainda que não muito consistente, de **acompanhamento do entendimento da doutrina majoritária**.

As dificuldades para identificação de uma tendência na jurisprudência derivam do fato de uma mesma Corte possuir pronunciamentos em sentidos que parecem diversos, em um curto espaço de tempo.

Por exemplo, apesar do TCU e do TCE/SP terem afirmado, algumas vezes, que é indispensável licitação quando a entidade contratada exercer atividade econômica passível de licitação e não tiver como finalidade social a exclusiva prestação de serviços à Administração, já julgaram regulares contratos com o IPT/SP e outras instituições que também prestam serviços a particulares, em maior ou menor escala.

Aliás, o primeiro argumento (de que a contratada exerce atividade econômica passível de licitação), utilizado em muitas das decisões para vedar a contratação direta, é falho. Tratamos de uma hipótese legal de dispensa de licitação, quando a realização do certame sempre será, em tese, possível.

O **único critério distintivo** do IPT, da VUNESP, da FURP e de outras entidades em que se entendeu possível a contratação direta, em relação à Petrobrás, à Cobra Tecnologia e outras entidades em que se entendeu vedada a dispensa com base no inciso VIII, é o **grau de fornecimento de utilidades ao mercado não estatal**.

De fato, apesar das primeiras entidades também servirem a privados, ofertando seus serviços no mercado, seu mais expressivo cliente é, sem dúvida, o Poder Público. A maioria delas é criada especificamente com a finalidade de prestar serviços à Administração, mas obtém **receitas complementares** de privados contratantes.

Já as segundas, foram criadas especificamente para – inexistindo monopólio, claro – concorrer com privados na prestação de suas utilidades. E eventualmente prestam seus serviços ao Poder Público.

Mas esta distinção, conveniente ressaltar, não é colocada à vista nas decisões dos Tribunais. Em nenhum dos julgados pesquisados foi esboçado algum critério

distintivo entre as entidades, em razão da finalidade primordial ou por qualquer outra razão. O traço distintivo que apontamos foi fruto de um esforço para conferir algum sentido à diferença de tratamento verificada em algumas cortes.

6. CONCLUSÕES FINAIS

Diante do exposto, constatamos que a questão da possibilidade de contratação, tanto de entidades de outros entes, como de pessoas jurídicas que prestam atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 **permanece polêmica**, havendo decisões em ambos os sentidos. A questão, em suma, **ainda se encontra em aberto**, havendo uma jurisprudência mais ou menos consistente apenas no tocante à possibilidade de contratação das entidades, ainda que de outros entes, que prestem serviços exclusivamente à Administração (e quando, obviamente, seus fins se relacionam com o objeto do contrato). Assim, não é conveniente vedar, *a priori*, a aplicação do dispositivo a situações que se enquadrem na sua literalidade.

Por oportuno, cabe-nos ponderar que, por ser altamente polêmica, a contratação de entidades de ente federativo diverso que prestem atividade econômica (em sentido estrito) em competição com a iniciativa privada **envolve alguns riscos para a Administração e para quem celebra o contrato, que não podem ser desprezados**.

Caberá ao gestor público **bem avaliar o caso concreto**, verificando a natureza e as características da contratada, em especial seu objeto social.

Se pudéssemos estabelecer uma **ordem crescente de sujeição aos citados riscos**, poderíamos colocar como menos problemática a contratação direta de entidades de entes diversos que tenham como finalidade específica a prestação de serviços exclusivamente à Administração; como um pouco mais arriscada a contratação direta de entidades de entes diversos que tenham como finalidade primordial a prestação de serviços à Administração (mas também prestem serviços a privados, como forma de receita acessória); e por fim, trazendo elevado risco, a contratação direta de entidade de ente diverso que tenha como principal objeto a prestação de serviços a privados, em competição com outras empresas.

Acreditamos que não é tão importante, como entende parte da doutrina, a natureza da utilidade a ser contratada – se serviço público ou atividade econômica *strictu sensu*. Primeiro porque é extremamente difícil separar um conceito do outro³⁰. Em segundo porque, mesmo no serviço público, pode haver (como no mais das vezes há) prestação em regime concorrencial. Em terceiro, porque as chamadas “entidades de apoio” à Administração, como são as empresas de obra pública, as companhias de processamento de dados, os institutos para capacitação de pessoal, etc., não prestam, a rigor, serviço público, e nunca se questionou a possibilidade de contratação direta destas entidades.

³⁰ Serviços públicos destinam-se à prestação de utilidades econômicas à população (ou a parcela desta), que o Estado deve assegurar em razão de norma que assim preveja. Assim, serviço público é também uma atividade econômica – tanto que, em vários casos, são prestados por privados em conjunto com o Poder Público (que os presta direta ou indiretamente). Existem, ainda, atividades não enquadradas como “serviço público”, mas que são tão relevantes quanto, tanto que altamente reguladas pelo Poder Público. Ademais, assim como ocorre com o ingresso do Poder Público nas chamadas atividades econômicas *strictu sensu*, a previsão de certa atividade como serviço público não é livre, devendo haver, da mesma forma, algum interesse relevante que a justifique, em função do princípio da livre iniciativa e da subsidiariedade.

O que **não poderá deixar de ser observado**, obrigatoriamente, pelo contratante que deseja assumir compromisso com entidade de ente diverso, são os demais requisitos expressos no inciso VIII do art. 24 do Estatuto de Licitações e Contratos (cujo preenchimento deverá ser demonstrado em processo administrativo, juntamente com a apresentação de justificativa para a contratação direta): finalidade específica, da entidade, para prestação da utilidade demandada; criação em data anterior à vigência da lei; pesquisa de preço para verificar se o valor cobrado é compatível com o praticado no mercado.

Para concluir, acreditamos que não é o caso de, de antemão, proibir (ou permitir) a contratação direta de entidades que não integram a Administração Municipal com fulcro no inc. VIII do art. 24. Entendemos que a dispensa de licitação, nas situações controversas, em que não há uma tendência consolidada nos Tribunais (de Justiça ou de Contas), deve ser **analisada pela pasta no caso concreto**, avaliando as circunstâncias específicas, e **tendo em vista as ponderações feitas ao longo deste parecer**. Entendo, ainda, não ser propriamente o caso de revisão do entendimento manifestado no parecer que deu origem à ementa 10.025 de 2001, de lavra da i. Procuradora do Município Valéria Aparecida de Lima Ebide, já que tal parecer se propôs a analisar uma situação específica, enquanto a presente consulta é feita “em tese”. Sua autora simplesmente apontou as restrições doutrinárias à aplicação do comando legal (também expostas nesta manifestação), como parte da razão de decidir. Mas o parecer em questão só pode ser analisado em função da situação concreta submetida à análise, que levaram ao entendimento pela impossibilidade de contratação direta discutida naquela hipótese.

São Paulo, / /2011.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessora – AJC
OAB/SP nº 227.775-S
PGM

De acordo.

São Paulo, / /2011.

CECILIA MARCELINO REINA
PROCURADORA ASSESSORA CHEFE SUBSTITUTA - AJC
OAB/SP 81.408
PGM

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

ASSUNTO : Consulta formulada “em tese”. Interpretação do inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93. Ementa PGM nº 10.025 de 2001. Divergência jurisprudencial. Existência de riscos, especialmente na contratação de entidades de entes federativos diversos que tenham como finalidade o fornecimento de utilidades no mercado, em competição com particulares. Impossibilidade de definição *a priori* a respeito da viabilidade ou não da contratação. Necessidade de avaliação, pelo contratante, do caso concreto.

Cont. da Informação nº 24/2011 – PGM.AJC

SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Senhor Secretário

Encaminho estes autos a Vossa Excelência, com a manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Procuradoria Geral a respeito da inteligência do inciso VIII, do art. 24, da Lei 8.666/93, que acompanho.

São Paulo, / /2011.

CELSO AUGUSTO COCCARO FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP 98.071
PGM