

## DA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO OU ENTIDADE EXPLORADORA DE ATIVIDADE ECONÔMICA

EDUARDO AZEREDO RODRIGUES\*

*1. Introdução. 2. Impossibilidade de aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 às contratações que envolvam diferentes esferas federativas. 3. Conclusão.*

### *1. Introdução*

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de contratação de entidade integrante da administração pública indireta de esferas federativas distintas, com dispensa de licitação, por aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, sendo a contratada, embora criada para tal fim específico, antes do advento daquele diploma legal, exploradora de atividade econômica.

As hipóteses nas quais é dispensável a realização de certame encontram-se abrigadas no dispositivo citado, dentre as quais aquela prevista em seu inciso VIII, *in verbis*:

“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;”

Com efeito, esse inciso preconiza hipótese de licitação dispensável para fins de aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens ou serviços ofere-

\* Procurador do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, Advogado e Professor da Universidade Salgado de Oliveira.

cidos por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criada para esse fim específico, em data anterior à vigência da Lei das Licitações, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado.

Não há entendimento pacífico no que toca à interpretação do referido dispositivo, caracterizando-se nítida divisão doutrinária e jurisprudencial acerca do mesmo.

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR<sup>1</sup> não hesita em reconhecer a possibilidade de contratação, com dispensa de licitação, tratando-se de paraestatal criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93, desde que tenha sido constituída com o fim específico semelhante ao objeto contratado, inclusive na hipótese de distribuição de combustível.

No mesmo sentido, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro já entendeu por bem, por ocasião da apreciação de ato de dispensa de licitação<sup>2</sup> formalizado com base no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, conhecer e arquivar o processo.

Por outro lado, outra parte da doutrina entende que não é de ser dispensada a licitação nas hipóteses em que o órgão ou entidade, embora integrante da Administração Pública, exerça atividade econômica, em razão da disciplina constitucional vigente, principalmente após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 que, em um contexto de desestatização, modificou o § 1º, do art. 173, da Carta da República, nos seguintes termos:

“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:

1 In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª edição, pág. 275: “A Lei nº 8.666/93 fez a hipótese do inciso VIII girar 180 graus ao tornar dispensável a licitação se: (a) o adquirente for pessoa jurídica de direito público interno (logo, a regra não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado na posição de adquirente); (b) o bem ou serviço objeto da aquisição for produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) integrante da Administração Pública; (c) o órgão ou a entidade fornecedor haja sido criado anteriormente à Lei nº 8.666/93 e com o fim específico de produzir aqueles bens ou serviços; (d) preço seja compatível com o que se encontre no mercado. Desde que atendidas estas últimas condições, podem ser contratados diretamente os bens ou serviços produzidos, por exemplo, por fundações e empresas públicas de assistência a ex-presidiários e menores carentes, seguradoras, distribuidoras de combustível e derivados, entre outras entidades da administração indireta.”

2 Processo TCE-RJ nº 100.040-5/01. O mesmo entendimento foi declinado em votos proferidos nos autos dos processos TCE-RJ nºs 104.842-7/00; 105.733-0/98; 107.242-7/99; 107.721-3/99; 110.495-9/99; 110.568-7/00; 112.752-4/00; 100.157-2/00; 103.041-8/00 (alguns com determinações).

[...]

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

O referido dispositivo, em sintonia com o princípio da livre iniciativa – um dos fundamentos sobre os quais foi erigido o nosso Estado Democrático de Direito, *ex vi* do art. 1º, IV, da Carta Magna – deixa estreme de dúvidas que o Estado, não obstante atue como agente normativo e regulador da economia,<sup>3</sup> exercerá diretamente a atividade econômica, porém apenas *excepcionalmente*, nas hipóteses em que tal se mostre necessário aos imperativos da segurança nacional ou haja relevante interesse coletivo.

A partir de então, formaram-se dois entendimentos principais a respeito do aludido dispositivo.

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR,<sup>4</sup> analisando a necessidade de realização de licitação pelas empresas públicas e sociedades de economia mista e fazendo uma interpretação conjugada dos arts. 22, XXVII, e 173, §1º, III, da Constituição Federal, pontuou a divergência que repousa sobre o último dispositivo legal, mormente após a reforma promovida pela Emenda Constitucional 19/98, concluindo o seu raciocínio no sentido de que todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, quer prestem serviços públicos, quer explorem atividade econômica, estarão submetidas ao estatuto a que alude o § 1º, do art. 173, da Lei Maior.

Por outro lado, outra parte da doutrina, na qual se inserem MARÇAL JUSTEN FILHO, ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, restringem o alcance do art. 173 da Carta da República às paraestatais que exercem atividades econômicas. O último publicista<sup>5</sup> assevera que “*ocorre que o art. 173 e seu § 1º (ao qual se remete o artigo 22, XXVII) são perfeitamente explícitos em elucidar que o neles disposto está reportado única e*

3 Art. 174 da Constituição Federal.

4 In Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, Renovar, 5ª edição, págs. 21/27: “A doutrina já registra o confronto de interpretações discrepantes em pelo menos um ponto fundamental, qual seja o da abrangência da nova diretriz constitucional. A síntese é de ALICE GONZALEZ BORGES: ‘Uns vêem neste dispositivo, quando alude à ‘exploração de atividade econômica, de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços’, a abrangendo, por esse estatuto jurídico, também das sociedades de economia mista e das empresas públicas que se destinem à prestação de serviços públicos... Outros – MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, que fazem parte da comissão de elaboração do projeto da nova lei – entendem que o estatuto jurídico do § 1º do art. 173 somente disciplinará um tipo de empresa estatal: a destinada à exploração de atividade econômica, nas suas modalidades de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços. Não haveria lugar, pois, nesse estatuto jurídico, para as estatais destinadas à prestação de serviço público – que, entretanto, constituem a grande maioria atualmente existente no País...”

5 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Licitação nas estatais em face da E.C. nº 19”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>.

*exclusivamente a entidades exploradoras de atividade econômica. Veja-se. Diz o referido artigo: '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'. Assim, é claro a todas as luzes que o preceito em causa 'não está a tratar da prestação de serviços públicos', que são atividades estatais por excelência, típicas do Poder Público, mas, pelo contrário, de exploração de atividade econômica, que, inversamente, por definição constitucional, é atividade dos particulares. Tanto isto é exato que o Estado só pode desenvolvê-la diretamente em hipóteses invulgares: quando acicatado por 'imperativos da segurança nacional' ou por 'relevante interesse coletivo' e, ainda assim, obedecida a prévia caracterização legal daquilo que como tal se deva entender".*

Com efeito, e com a devida vênia que devo ao entendimento adotado pelo eminente Desembargador JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR – o qual, registre-se, muito tem me auxiliado com sua valiosa obra sobre licitações e contratos administrativos no exercício de minhas atribuições na Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro –, penso que a tese acima sustentada é a que melhor se compatibiliza com as peculiaridades que ostentam as entidades da administração pública indireta que se prestam ao desempenho de atividades econômicas.

Foi justamente para acomodar ao regime jurídico pertinente as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas, que visivelmente precisavam receber um tratamento diferente daquele conferido às prestadoras de serviços públicos, que o constituinte, por meio da Emenda Constitucional nº 19, determinou fosse estabelecido o estatuto jurídico daquelas paraestatais, por lei específica, sujeitando-as a regime próprio de direito privado.

O Pretório Excelso<sup>6</sup> reconheceu a dicotomia entre o regime jurídico das paraestatais prestadoras de serviço público e o das exploradoras de atividade econômica, julgando a impenhorabilidade dos bens da ECT – Empresa de Correios e Telégrafos e estendendo à mesma os privilégios da fazenda pública, por se tratar de empresa pública federal que, não obstante explore atividade cujo conteúdo não deixa de ser econômico, presta serviço público tipicamente estatal, cujo monopólio é da União, nos termos do art. 21, X, da Carta da República, escapando da incidência da norma do art. 173 que ressalvou, expressamente, os casos previstos na Constituição, como o tal. Vale trazer à baila a transcrição de parte daquele julgado:

“6. Dispõe o artigo 173, *caput*, da Carta Federal, que, “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”. Em seu § 1º reza que “a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime

6 RE 220.906-DF (*Informativo* nº 213 do STF. dezembro de 2000. Transcrições).

próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”. Daí não há como se inferir que seja dispensável a expedição de precatórios nas execuções contra empresas públicas que exerçam atividade tipicamente estatal.

7. Note-se que as empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. Veja-se, por exemplo, que, em face da norma constitucional, as empresas públicas somente podem admitir servidores mediante concurso público, vedada a acumulação de cargos. No entanto, tais limitações não se aplicam às empresas privadas.

8. Há ainda que se indagar quanto ao alcance da expressão “que explorem atividade econômica...”, contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal. Preleciona José Afonso da Silva, in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 12ª Edição, Revista, 1996, págs. 732 e seguintes, que o tema da atuação do Estado no domínio econômico exige prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social, e atividades econômicas. Enquanto a atividade econômica se desenvolve no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores privados, o serviço público, dada sua natureza estatal, sujeita-se ao regime jurídico do direito público.

9. Conclui o eminente jurista que “a exploração dos serviços públicos por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles, sendo certo que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir formas diversas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas”, já que somente por lei e não pela via contratual os serviços são outorgados às estatais (CF, artigo 37, XIX). Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, artigo 173, § 2º).

10. A interferência do Estado na ordem econômica está consagrada nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal: o próprio Estado, em casos excepcionais, atua empresarialmente no setor, mediante pessoas jurídicas instituídas por lei para tal fim; o Estado, como agente normativo e regulador, fiscaliza, incentiva e planeja a atividade econômica.

11. Desse modo, os princípios gerais que informam a distribuição de atividades entre o Estado e a iniciativa privada resultam dos princípios da participação estatal na economia e da subsidiariedade, em seus aspectos suplementar e complementar à iniciativa privada.

12. Em obediência a esses princípios a atividade econômica estatal exsurge nos serviços públicos, nos serviços públicos econômicos e nos de interesse geral, donde a possibilidade de o Estado (CF, artigo 173) monopolizar os serviços públicos específicos, os de interesse geral e ainda os econômicos, por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Vê-se, pois, que a legitimidade da participação do Estado na economia se fundamenta em três conceitos fundamentais: segurança nacional, serviço público econômico e interesse público.”

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO<sup>7</sup> reconhece a sujeição das entidades exploradoras de atividade econômica ao regime jurídico de direito privado, na exata dicção do texto constitucional transcrito, destacando que o inciso VIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93, não pode estender os seus efeitos nos contratos celebrados com os órgãos ou entidades da administração pública que prestem tais atividade pois haveria ofensa ao regime jurídico de direito privado que lhes confere o inciso II, do § 1º, do art. 173 da Carta Magna, violando os princípios da isonomia e da livre concorrência (este, princípio setorial que sustenta a ordem econômica).

Outro aspecto deve ser considerado para o deslinde da questão *sub examen*, no que toca à atividade de exploração de petróleo e gás natural. A Lei nº 9.478/97, vindo a lume no mesmo contexto político-econômico em que se dava a reforma ao Programa Nacional de Desestatização, dispôs sobre a titularidade da União de monopolizar as referidas atividades, nos termos do art. 177 da Carta Magna, até então empreendida exclusivamente por meio do Conselho Nacional de Petróleo e da Petrobrás. Depois que a Emenda Constitucional nº 9 modificou o § 1º, do art. 177 da Constituição Federal, viabilizando a contratação, pela União, de estatais ou de empresas privadas para o fito de empreender o monopólio que lhe fora conferido pelo aludido dispositivo constitucional, a referida Lei nº 9.478/97 estatuiu, em seu art. 23, que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural passariam a ser exercidas mediante contratos de concessão, assegurando à Petrobrás os direitos sobre os campos que já se encontrassem efetivamente em produção.

Se até mesmo a atividade que outrora era exercida exclusivamente por paraestatal criada para tal fim tornou-se passível de delegação contratual, por meio de concessão, à atividade privada, não há que se reconhecer qualquer privilégio no que toca ao fornecimento de derivados de petróleo, a justificar a dispensa de licitação, ainda que tal entidade o tenha como seu objeto específico de atuação, e ainda que tenha sido criada antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

<sup>7</sup> In “Comentários à Lei das Licitações e Contratos Administrativos”, *Dialética*, 8ª edição, págs. 248/249.

## 2. Impossibilidade de aplicação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, às contratações que envolvam diferentes esferas federativas.

Não obstante opiniões em contrário, perfilho o entendimento segundo o qual é inviável aplicar-se o comentado art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, para legitimar contratações diretas por determinada pessoa jurídica de direito público interno de órgão ou entidade integrante de outro ente federativo, no mesmo sentido em que foi sustentado pelo douto Ministério Público junto à Corte de Contas, em parecer<sup>8</sup> exarado, em que se analisava a possibilidade de contratação, com dispensa de licitação, da Petrobrás, por pessoa jurídica de direito público diversa da União:

No mesmo sentido foi editada a súmula 001<sup>9</sup> da Consultoria Zênite, com a seguinte ementa:

“Dispensa de licitação com fundamento, no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, só será válida se o órgão ou entidade a ser contratado for instrumento de atuação da própria pessoa jurídica de direito público interessada.”

Com base no mesmo entendimento, indagada a respeito da possibilidade de aquisição direta de combustível, óleo diesel e derivados da Petrobrás, respondeu que, “em princípio, combustível, óleo diesel e derivados constituem objeto licitável”, “todavia, entidades da Administração Federal podem adquirir combustível diretamente da Petrobrás, dispensando a licitação com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93”.<sup>10</sup>

DIÓGENES GASPARINI<sup>11</sup> não destoa desse entendimento, asseverando ainda que se embora pertencente à mesma pessoa federativa, o órgão ou entidade prestar

8 Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, 7/71/jan. de 2000. Doutrina/Parecer: “A ‘contratação’ entre a pessoa da Administração direta e aquela da sua Administração indireta, especificamente constituída para realizar certas atividades, também não se sujeita à prévia licitação. Aplica-se o princípio consagrado no art. 24, inc. VIII da Lei nº 8.666. Isso significa, então, que o dispositivo apenas pode incidir na mesma órbita federativa. (...) Ele incide apenas quando a entidade da Administração indireta tiver sido criada com o fim específico de atuar em benefício da pessoa jurídica de direito público.” Então, como verificado pela exposição do autor da obra ‘Comentários à Lei nº de Licitações e Contratos Administrativos’, somente caberia a invocação do artigo 24, inciso VIII, daquela lei, no caso de contratação na mesma órbita federativa, ou seja, entre União, estados, Distrito Federal, municípios, e suas entidades... Isso posto, entende este Ministério Público junto ao Tribunal de Contas pelo conhecimento desta consulta, e pela resposta no sentido da impossibilidade da contratação direta com a PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S.A., porque se trata de empresa que explora atividade econômica, em regime de concorrência direta com a iniciativa privada, devendo sujeitar-se ao regime próprio (artigo 173, § 1º, Constituição Federal), e porque o disposto no artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, aplica-se apenas às contratações entre entidades da mesma órbita federativa (União, estados, Distrito Federal, municípios e suas empresas), mas não entre entidades das pessoas políticas de direito público interno.”

9 Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, 35/23/jan. de 1996. Súmulas.

10 Informativo Licitações e Contratos – ILC, Zênite, 449/16/jun. de 1995. Perguntas e Respostas.

11 In *Direito Administrativo*, 4ª Edição, 1995, Editora Saraiva, São Paulo, p. 310.

serviços ou produzir bens para outrem, tratar-se-á de licitação indispensável, uma vez que a locução “que tenha sido criado para tal fim específico” no dispositivo em comento não comporta interpretação diferente, pena de retirar-se a vigência da mesma.

Por sua vez, o Egrégio Tribunal de Contas da União<sup>12</sup> não se afasta do entendimento sustentado. Em consulta formulada pelo secretário de Controle Interno do STJ, o Ministério Público atuante naquela Corte de Contas verberou que “o art. 2º – *caput* da lei 8.666/93 diz ser exigível a licitação quando a Administração contrata ‘com terceiros’. Ora, as várias entidades da mesma pessoa política não são terceiros em relação a ela ou em relação umas às outras. São, todas, integrantes da mesma Administração Pública. Pouco importa a personalidade própria de que dispõem: isso não as torna, para os fins da lei, estranhas ou distintas (‘terceiros’) da Administração que integram. Logo, se o ente paraestatal não é ‘terceiro’, sua contratação não está sujeita à licitação”. A contrário senso deste raciocínio, uma paraestatal de outra esfera jurídica considera-se terceiro, submetendo-se à necessidade de concorrer com as demais por via de certame licitatório.

A mesma Corte de Contas, apreciando denúncia<sup>13</sup> contra possíveis irregularidades cometidas por órgãos públicos na contratação direta da Petrobrás Distribuidoras S/A para fornecimento de combustíveis e derivados de petróleo, ressaltou que a aquisição de combustível sujeita-se ao processo licitatório previsto no art. 2º, da Lei nº 8.666/93, não se aplicando ao caso a hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso VIII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93.

O Departamento de Licitações, Contratos e Convênios do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina divulgou a realização de licitação na modalidade Convite (CV 23/2002) para fornecimento de combustíveis para abastecimento dos veículos automotores daquela Corte para o ano de 2003, do que avulta o entendimento segundo o qual não há de se aplicar a dispensa<sup>14</sup> *sub examen*.

### 3. Conclusão

De acordo com a linha de entendimento que venho desenvolvendo, concluo ser inviável a contratação direta por qualquer ente, com dispensa de licitação, de órgão ou entidade que explore atividade econômica, quando mais se cogite da possibilidade de que a contratação envolva pessoas jurídicas de diferentes órbitas federativas.

12 Decisão 431/1997 – Plenário.

13 Decisão 608/1999 – Plenário. Precedentes citados: Decisão nº 118/98 – 2ª Câmara (Ata 9/96); Decisão nº 253/97 – Plenário (Ata 16/97); Acórdão nº 29/99 – Plenário (Ata 11/99); Acórdão nº 56/99 – Plenário (Ata nº 19/99).

14 Para alguns, inexigibilidade.