

PROTOCOLO Nº: 568315/17
ORIGEM: SERCOMTEL S/A TELECOMUNICAÇÕES
INTERESSADO: LUIZ CARLOS IHITY ADATI
ASSUNTO: CONSULTA
PARECER: 612/18

Consulta. Sociedade de Economia Mista municipal. Requisitos para a contratação direta prevista no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 e no art. 34, VII, da Lei Estadual nº 15.608/97. Empresa estatal que atua em regime de concorrência com outros agentes privados. Impossibilidade. Necessidade de o contratado ter sido criado com a finalidade específica de prestação de serviço ou fornecimento de bens para a Administração Pública. Satisfeitas as exigências legais, a contratação poderá ser realizada com órgão ou entidade criada por outro ente federado. Parecer ministerial pelo conhecimento parcial da Consulta e, no mérito, pela resposta nos termos assinalados no corpo do Parecer.

Trata-se de consulta formulada pelo Sr. Luiz Carlos Ihity Adati, Diretor Presidente da SERCOMTEL S/A Telecomunicações, sociedade de economia mista criada pelo Município de Londrina, por intermédio da qual indaga:

- 1) As prefeituras municipais do Estado do Paraná, autarquias e fundações de direito público, bem como os órgãos dos poderes executivo, legislativo e judiciário do Estado do Paraná, incluindo o Ministério Público e Tribunal de Contas podem contratar órgão ou entidade que integre a Administração Pública, de qualquer esfera de governo, criada especificamente para o objeto do contrato, com dispensa de licitação?
- 2) Em caso positivo, com base em qual dispositivo legal?
- 3) Na dicção do disposto no Art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 e do correspondente Art. 34, VII da Lei Estadual nº 15.608/07, há necessidade que o órgão ou entidade contratado, forneça produtos ou serviços exclusivamente à pessoa jurídica de direito público interno que o criou?

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ
Gabinete da Procuradoria-Geral

A peça inaugural (peça 3) foi instruída com parecer jurídico (peça 9), em que responde afirmativamente à possibilidade de contratação direta na hipótese suscitada, desde que observadas as seguintes condições:

“(I) que a contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; (II) que o contratado seja órgão ou entidade vinculado direta ou indiretamente à Administração Pública; (III) que o contratado tenha sido constituído para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante; (IV) que a constituição do órgão ou entidade tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93; (V) que o preço seja compatível com o praticado no mercado”.

Foi designado relator, mediante sorteio, o Conselheiro Artagão de Mattos Leão, que proferiu juízo positivo de admissibilidade (Despacho nº 1588/17 – peça 11), determinando o regular processamento do feito.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (Informação nº 106/17 – peça 13) colacionou a ementa do Acórdão nº 1735/15 – Tribunal Pleno, proferido na Consulta nº 550113/14, também formulada pela SERCOMTEL, que versou sobre o regime jurídico de empresas estatais controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.

A Coordenadoria de Fiscalização de Transferências e Contratos expediu a Instrução nº 232/18 (peça 14), em que sugeriu as seguintes respostas:

- “a) Em relação à questão I formulada pelo consulente, a pessoa jurídica de direito público interno pode contratar por meio de dispensa de licitação órgão ou entidade que integre a Administração Pública, criada especificamente para o fim específico de fornecer bens e serviços referentes ao objeto do contratação, em data anterior à vigência da Lei n.º 8.666/1993, não atuante no mercado, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, com respaldo no art. 24, VIII, da Lei n.º 8.666/1993 e com o disposto no item 2.1, supra;
- b) Quanto à questão II, os critérios ou base legal são o art. 24, VIII, da Lei n.º 8.666/1993, e o art. 34, VII, da Lei Estadual nº 15.608/07;
- c) Por fim, no tocante à questão III, é admitida a contratação direta dos órgãos e entidades da Administração Pública, ou seja, é admitida a contratação direta dos órgãos e entidades estatais que forneçam exclusivamente à Administração Pública, não se exigindo

que o contratado atenda apenas a esfera federativa da pessoa jurídica de direito público interno que o criou”.

É o breve relato.

De antemão, pontue-se que embora seja apresentada a situação fática que embasou a Consulta, a matéria apresenta relevante interesse público, podendo ser conhecida, nos termos do art. 38, §1º, da Lei Orgânica. Isso porque a resposta às questões perpassa a análise do regime jurídico de prestação de serviços de telecomunicação, essenciais à coletividade, de maneira que as respostas apresentadas apresentam significativa envergadura social e relevante repercussão econômica.

Ademais, preenchidos os demais requisitos normativos que autorizam seu processamento, este *Parquet* opina pelo conhecimento da consulta formulada. O consulente é autoridade legítima para deflagrar o procedimento (art. 39, I, da Lei Orgânica do TCE/PR), foram formuladas questões objetivas e em tese a respeito de matéria jurídica de competência da Corte, e a petição inicial está instruída com parecer jurídico. Satisfeitas, pois, as exigências arroladas no art. 38 da Lei Complementar nº 113/2005.

O art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, possui a seguinte redação:

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;

O art. 34, VII, da Lei Estadual nº 15.608/07 é assim redigido:

Art. 34. É dispensável a licitação:

VII - 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, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

A redação de ambos os dispositivos é bastante similar, à exceção de que a Lei nº 8.666/93 condiciona a contratação direta, na hipótese, à verificação de

que o eventual contratado tenha sido criado em data anterior à vigência da Lei (requisito não previsto pela normativa estadual).

De qualquer sorte, frise-se que a definição de hipóteses de dispensa de licitação é competência privativa da União, que possui atribuição constitucional para disciplinar as normas gerais sobre licitações (art. 22, XXVII, da Constituição).¹ Com isso, o requisito estabelecido no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, atinente à necessidade de o órgão ou entidade contratada ter sido criada anteriormente à vigência da Lei, se aplica também às contratações estaduais disciplinadas pela Lei Estadual nº 15.608/07.

O oferecimento de resposta à consulta formulada exige a reflexão sobre duas indagações primordiais: (i) a exploração dos serviços de telecomunicações está sujeita ao regime de mercado (livre concorrência)?; (ii) qual a interpretação adequada da expressão “criado para esse fim específico”, prevista nos dispositivos legais acima colacionados?

Quanto à primeira questão, pertinente a análise promovida pela COFIT, escorada em precedente do TCU, segundo a qual a hipótese do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, “se aplicaria à contratação das entidades de direito público cuja finalidade se refira à prestação de serviços públicos ou à prestação de serviços de apoio, mas não às sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica em sentido estrito”.

Vale dizer, as empresas estatais que atuam no mercado sob o crivo da livre concorrência não podem ser beneficiadas pela contratação direta, sob pena de violação do previsto no art. 173, §1º, II, da Constituição, que estabelece “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” para as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

¹ É o que sustenta Marçal Justen Filho: “Assim, pode-se afirmar que norma geral sobre licitação e contratação administrativa é conceito jurídico indeterminado cujo núcleo de certeza positiva compreende a disciplina imposta pela União e de observância obrigatória por todos os entes federados (inclusive da Administração indireta), atinente à disciplina de: a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; **b) hipóteses de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação**; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa” (destacou-se). JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 16.

A despeito da controvérsia sobre a classificação dos serviços de telecomunicações como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito,² a Lei nº 9.472/97, que disciplina o setor, estabelece em seu art. 2º, III e IV, como deveres do Poder Público: adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários (inciso III); fortalecer o papel regulador do Estado (inciso IV).

Ainda, o art. 6º da referida Lei dispõe que “os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.

Com isso, embora o setor seja fortemente regulado pelo Poder Público, a legislação infraconstitucional determina que a prestação dos serviços seja operada sob o prisma da livre concorrência, inclusive quando empresas estatais foram criadas para atuarem no ramo, cabendo ao Estado assegurar a justa competição e a diversidade de serviços a serem ofertados.

A reflexão sobre essa questão aponta, portanto, para a impossibilidade de utilização do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, assim como do art. 34, VII, da Lei Estadual nº 15.608/07, como fundamento legítimo para a contratação direta de serviços de telecomunicação pela Administração Pública. Ora, estando a atividade submetida ao regime de concorrência, não cabe ao Poder Público privilegiar as empresas estatais que atuam no setor.

Nesse sentido é o magistério de Marçal Justen Filho:

“Toda entidade estatal que prestar serviços ou comercializar bens atuando em competição com outras empresas privadas não poderá beneficiar-se de qualquer privilégio ou vantagem. Empresa estatal, atuante na exploração de atividades econômicas sob regime de competição com outros agentes privados, não pode ser investida no privilégio de contratação direta com a Administração Pública”.³

² O debate é realizado, com profundidade, por Fernando Menegat. Cf. MENE GAT, Fernando. Autorizações Administrativas Regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura. Curitiba, 2014. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <[https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35384/R%20-%20D%20-%20FERNANDO%20MENE GAT.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35384/R%20-%20D%20-%20FERNANDO%20MENE%20GAT.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 319.

Nessa linha também é a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como se extrai do Acórdão nº 1.800/2016 – Tribunal Pleno, proferido no processo de Consulta nº 030.129/2015-0, em que restou aprovado o seguinte enunciado:

A contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para prestação de serviços de logística, mediante dispensa de licitação baseada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, tampouco na jurisprudência do TCU, em especial no Acórdão 6.931/2009 - Primeira Câmara.

Por sua vez, o Acórdão nº 6.931/2009 – Primeira Câmara, do TCU, assim consignou:

1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei 6.538/1978, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X).
2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.
3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

Quanto à segunda questão, a COFIT defende que a expressão “criado para esse fim específico” refere-se à necessidade de que o órgão ou entidade prestador do serviço tenha sido criado para a finalidade de fornecer para a Administração Pública. Consequentemente, e escorada em decisão do TCE/MG, sustenta que “o contratante e o contratado poderão pertencer a diferentes esferas federativas, de forma que o órgão ou entidade contratado não necessariamente fornecerá produtos ou serviços exclusivamente à pessoa jurídica de direito público interno que o criou, podendo atender pessoas jurídicas de outras esferas de governo”.

Com razão a unidade técnica. O fim específico a que alude o dispositivo é a finalidade exclusiva de prestar serviços ou fornecer bens para a Administração Pública, ainda que para ente federado diverso daquele que criou a empresa estatal.

A partir de tais considerações, o Ministério Público de Contas opina pelo conhecimento da consulta e, no mérito, pelo oferecimento de resposta nos seguintes termos:

1) As pessoas jurídicas de direito público interno apenas poderão contratar mediante dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, e no art. 34, VII, da Lei Estadual nº 15.608/07, órgão ou entidade que satisfaça os seguintes requisitos: (i) ter sido criada para a finalidade específica de prestação de serviços ou fornecimento de bens objeto da contratação; (ii) ter sido criada com a finalidade específica de prestação de serviços para a Administração Pública; (iii) ter sido criada em data anterior a 22.6.1993, quando entrou em vigência a Lei nº 8.666/93; (iv) não atuar na exploração de atividade econômica em regime de concorrência com outros agentes privados; (v) o preço contratado seja compatível com valores de mercado, o que deve ser comprovado em processo administrativo.

2) Satisfeitas as exigências acima arroladas, a contratação poderá ser realizada com órgão ou entidade criada por outro ente federado.

Curitiba, 24 de maio de 2018.

Assinatura Digital

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