

É possível haver contratação direta entre estatais?

Imaginemos uma situação na qual uma estatal tenha por atividade-fim (descrita em seu objeto social e/ou na lei que autorizou sua criação) a prestação de diversos serviços gráficos, como, por exemplo a impressão do diário oficial.

Pois bem, caso uma outra empresa estatal quisesse contratar os serviços gráficos daquela primeira estatal mencionada, seria possível que tal contratação se desse sem a necessidade de uma licitação prévia?

Em outras palavras: as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) podem promover contratações diretas entre si?

Bom, de início, diga-se que na Lei nº 8.666/1993, o art. 24, VIII, em tese, poder-se-ia, à época de sua vigência, cogitar que havia uma hipótese de contratação direta que permitia claramente que uma estatal contratasse uma outra estatal, desde que criada antes daquela lei, prestasse serviços e comercializasse produtos relacionados à sua atividade-fim sem a necessidade de prévio processo licitatório:

“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;”

Sobre o revogado art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993, colham-se os seguintes entendimentos da doutrina:

“O intuito do inc. VIII é que a Administração Pública, tendo criado pessoa jurídica ou condições para que órgão produza os bens ou serviços de que necessite, possa contratar diretamente com estes, preservando-lhes as condições de funcionamento, além da presunção de que, tendo sua criação sido orientada por interesse público, persiste este quanto à manutenção da viabilidade de tais estruturas. Requer-se, no entanto, que a criação do órgão ou entidade com o qual se pretende contratar diretamente seja anterior à vigência da Lei nº 8.666/1993, ou seja, há de remontar a 20 de junho de 1993.” (Oliveira, Antônio Flávio de, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Públicas, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 206)

“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 propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública). 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 nesses termos, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que entidades exercentes de atividade econômica em sentido estrito estão disciplinadas pelo art. 173, § 1º, da CF/1988. 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. (...) não podem ser contratadas sem licitação as empresas estatais que atuam no mercado. 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”. (Justen Filho, Marçal, Comentários à lei de licitações e contratos

administrativos, 16ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 424/425)

Como se vê, para Marçal Justen Filho, sociedades de economia mista e empresas públicas que exercessem atividades econômicas não podiam ser beneficiadas pela hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993.

O TCU, conforme se deduz da leitura a seguir, adotava o mesmo entendimento:

"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 não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, uma vez que se sujeitam ao regime jurídico das empresas privadas (art. 173 da Constituição Federal)" (Acórdão 6931/2009 - Primeira Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

"(...) o Tribunal se manifestou no sentido de que as empresas integrantes da Administração Pública que possam prestar serviços também a particulares, como é o caso da Cobra Tecnologia S.A., não podem ser beneficiadas com a dispensa de licitação prevista no inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/1993, à semelhança do entendimento já firmado quanto ao inciso XVI. Exceção apenas ao Banco do Brasil S.A., empresa controladora da Cobra, que pode contratá-la com fundamento no inciso XXIII do art. 24 daquela Lei, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado e que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social da entidade subsidiária e controlada" (Acórdão 1.591/2011 - Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti)

Em razão de como o TCU entendia o tema, a AGU expediu a seguinte orientação normativa:

"Orientação Normativa/AGU nº 13/2009 - 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."

Todavia, conforme já mencionado, é de notório conhecimento que a Lei nº 8.666/1993 foi revogada.

Por seu turno, no diploma revogador - qual seja: a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos – NLGLC (Lei nº 14.133/2021) - o dispositivo que corresponde ao art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993 é o seguinte:

"Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;"

A seguir, vejam-se os comentários doutrinários sobre o art. 75, IX da Lei nº 14.133/2021:

"O inciso IX traz a possibilidade de contratação de bens e serviços produzidos/prestados por órgão que integre a estrutura da Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado. Trata-se de trecho reproduzido do inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993, mas com importante avanço, que foi a exclusão do desarrazoado trecho daquela lei que exige que a pessoa jurídica tenha sido criada em data anterior ao início da vigência da Lei nº 8.666/1993. O dispositivo possui três requisitos para autorização da dispensa de licitação: a) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública; b) que o órgão tenha sido criado para esse fim específico; e c) que o preço contratado seja compatível com o de mercado. Passemos então à análise desses requisitos da norma. Quanto ao primeiro requisito, a hipótese de dispensa do inciso IX

somente será facultada nos casos das contratações entre órgãos da Administração Pública, em que o prestador do serviço ou fornecedor dos bens que se pretende seja empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública ou autarquia. Não se admite aqui a contratação de empresas privadas, ainda que sem fins lucrativos. Trata-se de uma estrutura contratual fundamental a viabilizar políticas de descentralização da Administração Pública. As atividades que eram realizadas pela Administração direta podem passar a ser segmentadas em estatais que atuem com o escopo de prestar esses serviços para a Administração Pública, trata-se dos contratos denominados no direito estrangeiro de in-house contracts. Tem-se, como exemplos, no Governo Federal, a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), o Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada (Ceitec), dentre outros. Se a Administração constitui pessoa jurídica de direito público com o único objetivo de prestar serviços para si própria, não faria sentido que esses contratos tivessem que ser objeto de processo licitatório. Com isso, entramos no segundo requisito da dispensa de licitação. Para que seja viabilizada a dispensa de licitação, é necessário que a entidade contratada tenha sido criada com a finalidade exclusiva de prestação de serviços ou fornecimento de bens à Administração Pública. As empresas estatais que prestam serviços à iniciativa privada e concorrem neste mercado não podem ser contratadas com base nesta dispensa de licitação. Não faria sentido que a empresa pública competisse no mercado privado com as empresas privadas e quando se tratasse de contratos com o governo, a mesma estatal que compete mercadologicamente tivesse o privilégio do monopólio, contratando sem licitação com o poder público. Isso geraria um descompasso no mercado, uma competição injusta. O terceiro requisito trata da compatibilidade de preços com a realidade de mercado. Note-se que o legislador não exigiu que o preço praticado pelo ente público seja o menor valor encontrado pela Administração, mas sim que exista compatibilidade. Há uma lógica nessa exigência. Demandar que o ente público a ser contratado tenha o menor preço seria eliminar a hipótese de dispensa de licitação. Ora, se o ente público possui o melhor valor do mercado, se já é mais competitivo que as empresas privadas, a dispensa de licitação se mostra desnecessária, posto que mesmo se realizado um procedimento licitatório, o ente público seria vencedor do certame. Não é esta a lógica dessa contratação, é um pressuposto de que o preço praticado pelo órgão da Administração poderá ser eventualmente superior aos valores adotados por algumas empresas. Sob outro prisma, isto também não significa dizer que a Administração Pública teria a autorização de criar empresas públicas absolutamente ineficientes que servissem como meros cabides de emprego e cujos preços praticados contra o erário fossem exorbitantes e fora da realidade do setor. Tal conceito seria flagrantemente contrário ao princípio constitucional da eficiência e essa interpretação deve ser rechaçada. O gestor deve demonstrar aqui que está contratando pessoa jurídica de direito público, que tenha sido criada para esta finalidade específica, não atuando no mercado privado, e cujo preço esteja dentro da média de referência pesquisada pela Administração contratante.” (Boselli, Felipe, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, coordenado por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão, Belo Horizonte: Fórum, 2022, págs. 149/150)

“Para que se opere legitimamente a contratação direta, é necessário que: a) o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; b) o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública; c) o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante; d) o preço seja compatível com o praticado no mercado. Cabe, agora, analisar cada um dos requisitos para a adequada compreensão do tema. Como já referido, não mais exige a norma que ‘a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/1993’. Pessoa jurídica de direito público interno é uma expressão que abrange determinados tipos de pessoas com regime jurídico próprio e peculiar, em que conservam prerrogativas do poder de imperio. No ordenamento jurídico pátrio, são: a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e suas autarquias. Com profundo dissenso doutrinário e legal, até o advento da Constituição Federal de 1988, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público oscilavam ao sabor das conveniências, ora ostentando nítidas características do Direito Privado, ora se afirmando como pessoas jurídicas de Direito Público. Somente após o Estatuto Político de 1988 foram as fundações adequadamente situadas como tertium genus, em relação à natureza jurídica de sua personalidade, mas muito bem situada sob adequada e integral jurisdição do controle. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI nº 926/1993, definiu com absoluta precisão os novos contornos constitucionais das fundações, para aproximá-las das autarquias sob vários aspectos. Na atualidade, deve-se classificar as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público como pessoas jurídicas de Direito Público, e, portanto, podem elas integrar o elenco de órgãos contratantes que se podem servir da possibilidade de dispensa. Se o contratante for empresa pública ou sociedade de

economia mista, deverá ser utilizada a Lei nº 13.303/2016. O outro sujeito da futura relação contratual deverá ser órgão ou entidade integrante da Administração Pública. Se o contratante foi precisamente definido pelo inciso em comento, o mesmo não ocorreu em relação ao contratado. Primeiro, porque admitiu a contratação de órgão, expressão de larga amplitude, abrangendo partes despersonalizadas da Administração. Mesmo no mais autorizado magistério do saudoso Hely Lopes Meirelles, o conceito de órgão não se identifica com o de pessoa jurídica capaz de ser sujeito de direitos e obrigações, muito embora se lhe atribua capacidade de expressar parcela de vontade do Estado, fato que estabelece uma zona intermediária, bastante dissociada dos elementos clássicos do Direito Privado. Para o renomado autor: 'órgãos públicos - são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.' Mais adiante, amparado em Gierke, afirma que o órgão é parte do corpo da entidade e, assim, 'todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade'. Nada obstante a clareza dessas afirmativas iniciais, mais adiante o autor admite a capacidade dessa parte ou centro de competência, para depois ratificar a inexistência de personalidade jurídica do 'órgão', como se observa: [...] os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites de sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos, manifestados através de seus agentes (pessoas físicas). Acrescenta, em seguida, que: [...] embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança. Sobre entidades, é possível defini-las, seguindo corrente já firmada, como centros de competência específica, providos de personalidade jurídica de direito público ou privado e criados por lei, para o desempenho de funções descentralizadas. Deve ficar adequadamente estabelecida substancial diferença entre a prerrogativa de contratação direta, que o inciso em comento estabelece em favor do contratante, e a possibilidade de venda ou prestação direta de serviços por parte do órgão ou entidade contratada. Como regra, a Administração está sujeita ao processo licitatório, seja para comprar ou vender, contratar a prestação de serviços ou realizá-los, exurgindo daí que o contratante pode ter autorização legal para promover a contratação direta, mas o contratado, se pretender promover a alienação direta dos seus bens, deverá também ter amparo legal expresso nesse sentido, este podendo ser afirmado em relação aos serviços quando está na condição de prestador. Mais uma vez, renova-se aqui a noção básica elementar de que as entidades da Administração podem ocupar qualquer um dos polos da relação contratual, mas apenas uma é, no estrito âmbito da legalidade, a 'contratante', possuindo a outra a condição de 'contratada', sendo que à primeira cabe a utilização de cláusulas exorbitantes, como regra. A propósito, insta ressaltar que o dispositivo não alberga as contratações diretas com as executoras de serviços públicos mediante delegação, como ocorre em relação aos serviços concedidos, permitidos e autorizados. Na concessão, dá-se o traspasse contratual dos serviços públicos para o particular, permanecendo o Poder Público com a titularidade destes e a prerrogativa de fiscalizar-lhes a execução, além de impor as alterações que se fizerem necessárias como cláusulas exorbitantes. Já a permissão, que guarda pontos de contato com a concessão, é mais precária e se realiza por ato unilateral, transferindo aos particulares que preenchem determinados requisitos a execução de um serviço público; a seu turno, serviços autorizados, na lição de Hely Lopes Meirelles, são aqueles em que o Poder Público, por ato unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergenciais. Nenhum dos executores dos serviços delegados pode ser contratado diretamente com fulcro nesse inciso, mesmo os concessionários ou permissionários. Quando a Administração Pública transfere ao particular a execução do serviço, embora tal ação possa ser compreendida como descentralização lato sensu, o delegado não é ente integrante da Administração Pública. É particular, para fins de contratação dos serviços ou fornecimentos. Importante questão ainda merece exame e refere-se à possibilidade de uma esfera de governo contratar entidade criada por outra para prestar serviços. Em pesquisa levada a efeito, verificou-se a inexistência de uniformidade a respeito. A Editora NDJ, por sua equipe de consultoria, firmou o seguinte entendimento sobre essa questão: A aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública significa que a contratação direta só pode ser levada a efeito se ocorrer na mesma esfera de governo? - Refere-se este quesito à dispensabilidade de licitação referida na Lei nº 8.666/1993, art. 24, VIII. A resposta é negativa. A compra, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens ou serviços

prestados por órgão ou entidade integrante da Administração Pública pode ser efetuada com dispensa de licitação, mesmo que o contratante seja de um nível de governo e o contratado de outro. Exemplo: pode um Município adquirir os bens ou os serviços de uma entidade federal, ou estadual, criada para o fim específico de vender aqueles bens e serviços para o Poder Público, independentemente o nível de governo a que pertença. Tal assertiva se dá em virtude da definição que a Lei nº 8.666/1993 apresentou para 'Administração Pública', conforme consta do art. 6º, XI, que abrange toda e qualquer pessoa jurídica, de direito público e privado, do nível que for, para abarcar a todas naquele abrangente conceito. O Tribunal de Contas da União, examinando a hipótese de uma fundação pública federal (FUB) contratar empresa pública do Distrito Federal, não julgou regular o contrato. Nesse caso, inclusive, outro fator foi fundamental no julgamento: viabilidade de competição, por existirem empresas privadas competitivas, sinalizando na direção do entendimento do Professor Toshio Mukai, exposto no subtítulo 4.20.2, precedente. Assim manifestou-se o douto órgão instrutivo do TCU: a) Processos nºs 23.106.011.303/95-9 e 23.106.011.585/94-73 – Contratação, com dispensa de licitação, da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (NOVACAP), com amparo no disposto no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (fls. 09/20). Observa a equipe que a fundamentação legal utilizada (inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93) é inaplicável à espécie, uma vez que na iniciativa privada existem concorrentes para o objeto contratado, e, ainda, que o Distrito Federal goza de autonomia administrativa e competência administrativa (arts. 18 e 32 da Constituição Federal), não se podendo considerar suas empresas estatais como agregadas à Administração Federal. À vista desse entendimento, o TCU deliberou recomendar à FUB que: 8.1.2. atente para a impropriedade da dispensa de licitação para a contratação da Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil (Processos nºs 23.106.011.303/95-9 e 23.106.011.585/94-75 - PRC), com base no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, uma vez que na iniciativa privada existem concorrentes para os objetos contratados. Portanto, contrastando as transcrições feitas, verifica-se que, dos dois fundamentos do órgão instrutivo para imputar a irregularidade, apenas um foi acolhido. Após a terceira edição do livro Contratação Direta sem Licitação, reflexão mais detida levou à evolução da exegese sobre a questão. Essa evolução se mantém nesta obra, porque é coerente com a precisão das palavras utilizadas no dispositivo. A Lei nº 8.666/1993 definiu, expressamente, o que se deve entender por 'Administração e Administração Pública'. A nova lei mantém esses termos. O legislador, corretamente, empregou esses dois termos em vários dispositivos da Lei, não havendo dúvidas quanto à sua utilização. A parte do Direito que cuida da interpretação das leis, a hermenêutica, em um dos seus mais festejados mestres, Carlos Maximiliano, ensina que o juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o legislador, ou escritor, usado expressões comuns; 'porém, quando são empregados termos jurídicos, deve-se crer ter havido preferência pela linguagem técnica.' No presente caso, o legislador não só está usando termos jurídicos, como também está empregando termos que ele próprio conceituou. Também é da hermenêutica a lição de Gianturco,⁵⁷⁰ de que se deve presumir que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva. Basta a lógica para assegurar essa proposição: se o legislador tivesse estabelecido que as pessoas jurídicas de Direito Público pudessem contratar com os órgãos e entidades integrantes da 'Administração', faria sentido restringir o alcance da norma à respectiva esfera de governo ou à respectiva pessoa jurídica. Não o fez, porém. Expressamente, e com o conteúdo que precisamente definiu no art. 6º, incisos III e IV, o legislador usou o termo 'Administração Pública'. A se entender de modo diverso, ficaria impedida parte da colaboração entre esferas de governo e entre municípios vizinhos. Ao consagrar essa interpretação, além de atender à literalidade de Lei, permite-se uma maior colaboração entre as diversas esferas de Governo, facilitando especialmente nos municípios, a divisão de atividades. O outro requisito inafastável à lei, para que ocorra a contratação direta, é que o objeto a ser contratado pela Administração seja coincidente com a finalidade precípua ou fundamental do órgão. Nesse sentido, os elementos ensejadores da criação do órgão estão diretamente relacionados com o objeto de interesse da Administração contratante. Exemplos clássicos seriam: a contratação de divulgação de informativos do interesse da Administração por uma emissora de rádio estatal, criada para promover a divulgação das atividades do governo, com finalidade institucional; a realização de concursos por órgãos integrantes da Administração Pública, encarregados dessa tarefa. Merece reflexão o fato de um órgão possuir a finalidade genérica de prestar serviços numa determinada atividade, sem haver referência à execução dos supracitados para a Administração Pública. Nesse caso, por não ficar caracterizada a 'finalidade específica', a dispensa de licitação não atenderia ao rigor da lei. Efetivamente, não há amparo legal para a Administração Pública ficar contratando diretamente qualquer órgão da Administração. Quis o legislador colocar em destaque que, na criação do órgão, o que deve ficar em evidência é a finalidade específica. Afinal, como anteriormente expendido, presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede

para influir no sentido da frase respectiva'. Se o exercício da atividade mercantil se pauta pelo princípio da livre concorrência, tendo o Estado se igualado à iniciativa privada para a execução de um serviço ou o fornecimento de bens,⁵⁷⁶ não poderá pretender afastar a disputa no momento em que tiver de promover a contratação de seu interesse, sob pena de violar um dos princípios fundamentais da República. Afinal, lembrando Ferrara, se o Estado abandona o seu pedestal para entrar em coordenação com os súditos, deve pautar-se pelas normas a eles aplicáveis. O dispositivo só resguarda o fato da descentralização: a pessoa jurídica criada pelo Estado para prestar serviços inerentes às atividades da Administração Pública para ela própria. Em remate ao exposto, é oportuna a seguinte assertiva de Marcus Juruena Villela Souto, equacionando com sabedoria a questão: [...] é mister frisar que só cabe a contratação direta com a entidade descentralizada se ela foi criada para o fim específico de só atender à Administração, independentemente da data de sua criação - a busca de clientes externos, mesmo em outras Administrações, já descaracterizada a descentralização administrativa para transformar a entidade em concorrente da iniciativa privada, o que, na maioria dos casos, além de exigir a licitação, ultrapassa os limites impostos pelo art. 173, § 1º, Constituição Federal. É desconcertante verificar que alguns órgãos públicos, menos atentos ao texto legal e ignorando os princípios constitucionais da ordem econômica adotada em nosso país, vêm promovendo contratações de empresas públicas que não foram criadas para a finalidade específica de atender às necessidades da Administração, pretendendo amparar a contratação direta no inciso VIII do art. 24, na nova Lei, previsto no inciso IX do art. 75, em comento. Em governos anteriores, a União passou a constituir empresas estatais em áreas em que iniciativa privada já atuava, contrariando o princípio fundamental da livre iniciativa; o Poder Público não pode concorrer com empresas privadas. Inteligência do art. 1º, inc. IV, da Constituição Federal. Sobre esse requisito, recomenda-se a leitura dos comentários ao art. 72, inc. VII, da lei em comento. Esse requisito aqui foi inserido para reforçar o comando geral que está naquele dispositivo. Mesmo no caso desse inciso, portanto, deverá o responsável pela contratação direta sem licitação demonstrar, no processo, a compatibilidade dos preços cobrados com os praticados no mercado, significando que compatível é o que se ajusta a uma média do mercado, sendo despciendo que seja o mais vantajoso ou o menor: há de ser compatível, razoável, tão-somente. Poderiam os menos avisados sustentar que, nessa hipótese, não há dano à Fazenda Pública, uma vez que os recursos, mesmo que superfaturada a contratação, continuam integrando a Administração Pública, lato sensu, e em qualquer cofre os recursos estariam voltados à satisfação do interesse público. Tal argumentação, à primeira vista sedutora, não deve ser acolhida, visto que chancela, com o desvio de finalidade, o carreamento dos recursos públicos para destinatário diverso do pretendido pela Lei Orçamentária, maculando com a eiva de ilegalidade a sua prática. Por força de mandamento constitucional, ao Poder Público é vedado exercer atividade econômica em respeito a um dos fundamentos da República, que assegura a livre iniciativa. Essa proibição tem duas exceções, também consagradas na Constituição: quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. O Supremo Tribunal Federal assentou, interpretando a regra constitucional, que a 'legitimidade da participação do Estado na economia se fundamenta em três conceitos fundamentais: segurança nacional, serviço público econômico e interesse público.' Desse modo, vêm alguns sustentando que, se a entidade exerce atividade econômica, não poderá ser contratada com fundamento no inciso IX, do art. 75, ora em comento. Acrescem outros ainda que, como a regra é a licitação, se for viável a competição a dispensa não pode prevalecer. Ambas as teses pretendem reduzir o abuso da aplicação da norma; igualmente, ambas inserem restrições não previstas na Lei. A atuação de uma entidade, além da órbita admitida pela Constituição, não pode refletir sobre o agente público que promove a dispensa. Encontrando a atuação exorbitante, o órgão de controle deve recomendar o fato ao Ministério Público para arguição de inconstitucionalidade. O que parece inadequado é pretender que o gestor público não utilize a norma porque a entidade tem sua criação contrária à Constituição. Com relação ao segundo argumento - impossibilidade de aplicação do dispositivo diante de eventual viabilidade de competição, o erro é manifesto. Ser viável ou não a competição é requisito da aplicação do art. 74, que cuida da inexigibilidade de licitação. O interesse de restringir a aplicação deste inciso IX é plenamente satisfeito pela exigência dos requisitos 'fim específico do objeto' e 'compatibilidade de preços' vistos. Quanto à constitucionalidade, por ferir os fundamentos da ordem econômica, há que se vislumbrar a situação mediante análise de caso a caso. É que a Constituição, por exceção, admite a exploração de atividade econômica pelo Estado diante de imperativo da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definido em lei. Portanto, não é o fato de haver dispositivo assegurando a contratação direta que legitimará a sua constitucionalidade, mas sim o uso que faz da norma e o que pretende realizar com a gestão que levará a merecer elogio ou censura determinado ato." (Jacoby Fernandes, Ana Luiza; Jacoby

Fernandes, Jorge Ulisses; Jacoby Fernandes, Murilo, *Contratação Direta sem Licitação na Nova Lei de Licitações: Lei nº 14.133/2021, 11ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2021, págs. 281/290*

*“De acordo com o dispositivo supracitado, é necessário que o contratado seja ‘órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico’, isto é, criados para o fim de oferecer préstimos à Administração Pública. Como visto no capítulo antecedente, em primeiro lugar, um órgão não firma contrato com o ente político que o criou, dado que o órgão faz parte da mesma pessoa do ente político e, por corolário, não há sentido em celebrar contrato consigo mesmo. Em segundo lugar, uma entidade que integre a Administração Pública pode ser autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista. Então, como também assinalado no capítulo antecedente, essas entidades, conquanto pessoas distintas do ente político que as criou, integram a mesma estrutura administrativa, pelo que não podem ser qualificados como terceiros estranhos à Administração Pública. Assim sendo, como a licitação pública é procedimento para a seleção de terceiros, é inexigível proceder à licitação pública para contratar tais entidades. Em vista dessas considerações, o inciso IX do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 perde em grande medida a sua utilidade, uma vez que a hipótese por ele aventada já traduz inexigibilidade de licitação pública. Sem embargo, releva acentuar que a inexigibilidade para a contratação de entidades administrativas criadas com o fito de oferecer préstimos ao ente político que as criou ou às demais entidades administrativas integradas a ele é bastante abrangente, sem maiores restrições. A bem da verdade, as únicas duas restrições são estas: que a entidade administrativa não seja contratada por ente político ou entidade administrativa integrada a ente político diferente daquele que a criou; e que ela tenha sido criada para esse fim específico, de oferecer préstimos à Administração, sem participar do mercado. A dispensa prevista no inciso IX do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 demanda o atendimento a quatro condições, a saber: (i) que o objeto do contrato verse aquisição de bens ou prestação de serviços, excluindo, por consequência, a realização de obras; (ii) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno; (iii) que o contrato entabule preço compatível com o mercado; (iv) que o objeto do contrato verse aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico.” (Niebuhr, Joel de Menezes, *Licitação pública e contrato administrativo, 5ª. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2022, págs. 304/305*)*

“O art. 75, IX, da nova Lei de Licitações corresponde ao art. 24, VII, da Lei 8.666/1993 e permite a dispensa de licitação para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível como praticado no mercado. Ao contrário da legislação anterior, contudo, o novo dispositivo legal não exige que o órgão ou a entidade administrativa contratada tenha sido criada em data anterior à vigência da Lei de Licitações. No contexto da Lei 8.666/1993, o art. 24, VIII, somente permitia a dispensa para aquisição de bens e serviços prestados por órgão ou entidade administrava que tivesse sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei de Licitações. Não obstante a literalidade, havia controvérsia sobre a interpretação e a aplicação do citado dispositivo legal. De um lado, parte dos autores sustenta a interpretação literal da norma para abranger exclusivamente as contratações de entidades criadas até a promulgação da Lei 8.666/1993. De outro lado, sempre defendemos que a dispensa poderia alcançar as entidades administrativas instituídas após o advento da Lei 8.666/1993, uma vez que ale a data de instituição do órgão ou da entidade administrativa não modificaria a essência, nem a finalidade das entidades que integram a Administração, sendo ilógico admitir que o Ente federado crie tais entidades e não possa se beneficiar diretamente (sem licitação) dos serviços por elas prestados. Com a redação do art. 75, IX, da nova Lei de Licitações, a data da instituição do órgão ou da entidade administrativa deixou de ser relevante para aplicação da dispensa de licitação. A controvérsia que deve permanecer com a redação do art. 75, IX, da nova Lei de Licitações refere-se à interpretação da expressão ‘órgão ou entidade que integrem a Administração Pública’. Ao interpretar passagem semelhante contida no art. 34, VIII, da Lei 8.666/1993, a doutrina dividia-se em duas correntes. Alguns sustentavam que a dispensa somente seria possível se as entidades administrativas contratadas integrarem a mesma Administração Pública do Ente público contratante. Outros afirmavam que a dispensa envolveria a contratação de qualquer entidade administrativa, ainda que integrante da Administração Pública de outro Ente federado. De nossa parte, sustentamos que a dispensa deveria englobar apenas a contratação de entidade administrativa da Administração do Ente contratante. As razões podem ser assim resumidas: (i) as entidades administrativas são instituídas para atenderem aos interesses do respectivo Ente Federado, e não dos demais Entes; (ii) a dispensa justifica-se pela própria descentralização administrativa, pois a instituição de entidades

administrativas tem o objetivo de especializar funções dentro de determinado Ente Federado, que se beneficiaria, inclusive como destinatário, do serviço prestado pela entidade; (iii) a inaplicabilidade da dispensa nas contratações níveis federativos diversos prestigia a regra constitucional da licitação, pois a pessoa de direito público deveria licitar para celebrar seus contratos, de entidades de níveis federativos diversos prestigia a regra constitucional da licitação, pois a pessoa de direito público deveria licitar para celebrar seus contratos. Ademais, entendemos que deve ser vedada a contratação por pessoa de direito público de empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, ainda que integrantes da sua estrutura administrativa, sob pena de se admitir tratamento privilegiado para essas estatais econômicas em detrimento das demais empresas privadas. O art. 173, § 1º, II, da CRFB não admite, em regra, tratamento diferenciado entre as estatais econômicas e as demais empresas privadas que atuam no mercado concorrencial. Seria inconstitucional, portanto, admitir a dispensa para contratação de estatais econômicas e não admitir a dispensa para as demais empresas.” (Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, págs. 220/221)

“Inicialmente, a possibilidade de contratação é aplicável para as pessoas jurídicas de direito público - entes da federação, autarquias e fundações e consórcios de direito público. No tocante aos possíveis contratados, é importante extrair a regra do texto normativo à luz dos dispositivos constitucionais, notadamente os relativos aos princípios gerais da atividade econômica e à exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173, CF). Como as empresas estatais que exploram atividade econômica estão sujeitas ao mesmo regime das empresas privadas, com exceção das derrogações admitidas pela Constituição e materializadas em lei, em princípio somente podem ser contratadas diretamente com fundamento na hipótese ora comentada empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista, nesse caso, em razão da exigência de pertencimento à Administração Pública) que prestem serviços públicos não abrangendo aquelas que executem atividade econômica em regime concorrencial. Ainda quanto aos possíveis contratados, há exigência de que os órgãos ou entidades ‘tenham sido criados para esse fim específico’, entretanto sem a necessidade de que tenham sido criados anteriormente a qualquer data, ao contrário do disposto no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993. As entidades da Administração Direta são criadas por lei ou têm sua criação autorizada por lei, razão pela qual a finalidade específica de cada entidade deve ser verificada na respectiva lei. O fim específico, se não explicitado, é ontologicamente implícito no ato de criação da entidade. Tratando das questões acima referidas - ausência de exploração de atividade econômica e criação em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/1993 - o TCU respondeu consulta asseverando que ‘a contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para prestação de serviços de logística, mediante dispensa de licitação com suposto esteio no art. 24. VIII, da Lei 8.666/1993, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio’. No voto do Relator é possível perceber que a principal razão condutora de seu entendimento foi o fato de o serviço de logística ser atividade econômica em sentido estrito, realizado em regime de concorrência, não sujeita ao monopólio da União (restrita aos serviços postais)’. Finalizando a análise dos requisitos relativos aos possíveis contratados, necessário asseverar entendimento favorável à restrição da aplicação da contratação direta apenas para entidades que integrem a estrutura da Administração Pública do mesmo ente político contratante. Como regra, entidades da Administração Pública indireta que são criadas para a prestação de serviços públicos têm como destinatário de tais serviços os cidadãos do ente político criador. A descentralização de serviços por meio da criação de entidade da administração in direta é uma opção que se apresenta para o ente político - União, Estados, Distrito Federal ou Municípios - competente, no limite de sua titularidade para determinados serviços públicos. Como o ente político somente detém a titularidade da prestação de serviços públicos em seu território, como regra, a prestação de tais serviços para outros entes se distancia do sentido restrito de serviço público e se aproxima da exploração de atividade econômica. Outra importante inovação reside no requisito relativo ao preço contratado, que deve ser compatível com os custos da entidade a ser contratada ou com o preço praticado no mercado. A compatibilidade com os custos da entidade depende de análise esmerada da composição dos custos unitários, que deve ser solicitada pela Administração na etapa de planejamento da contratação. A compatibilidade com os preços praticados no mercado é comprovada de acordo com os procedimentos estabelecidos pela lei, notadamente no art. 23. A utilização da conjunção alternativa ‘ou’ revela que os requisitos são alternativos e que o cumprimento de qualquer dos dois é suficiente para amparar a contratação direta.” (Motta, Fabrício, Contratação Direta: Inexigibilidade e Dispensa de Licitação, Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.), 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, págs. 143/145)

“O inciso IX do art. 75 da Lei nº 14133/2021, de modo similar ao prescrito pelo inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, institui a possibilidade de dispensa de licitação lidos ou serviços, por pessoa jurídica de direito público interno, ‘de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado’. Julgamos que a aplicação desse autorizativo legal de contratação direta deve restringir-se às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, que atuam em regime de monopólio, não alcançando as entidades exploradoras de atividades econômicas, sob pena de restar caracterizada a prática de concorrência desleal. Isso porque as entidades da Administração indireta que exploram atividades econômicas estão sujeitas ao mesmo regime constitucional reservado a iniciativa privada, nos termos do inciso 11 do § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988, que lhes impõe ‘a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’. Privilégios desse jaez acarretariam, ainda, grave ofensa aos primados da isonomia, veiculado pelo caput do art. 5º, e da livre-iniciativa, disposto no inciso IV do art. 1º do Texto Supremo. Dessa forma, é imperioso que a inteligência da legislação infraconstitucional realize-se à luz da Constituição da República, autorizando-se a contratação direta apenas com empresas estatais prestadoras de serviços públicos, sob pena de afronta à sua supremacia.” (Miranda, Henrique Savonitti, Licitações e Contratos, 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, pág. 435)

“O inciso IX autoriza a contratação direta com dispensa licitatória nas aquisições, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. A questão referente à contratação direta de bens ou serviços produzidos ou prestados por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública tem suscitado estudos, pareceres, apreciações doutrinárias e manifestações das diversas Cortes de Contas. São quatro as condições para a dispensa licitatória: a) apenas pessoas jurídicas de direito público interno poderão adotá-la. Logo, somente os órgãos da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal, Municípios), autarquias (inclusive as associações públicas, como registra o art. 41, IV, CC, em face de alteração estabelecida pela Lei nº 11.107/2005), fundações públicas e demais entidades de caráter público criadas por lei poderão contratar sob esse fundamento; b) o bem ou o serviço objeto da contratação deverá ser produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) que integrem a Administração Pública; c) o ente contratado (órgão ou entidade) deve ter sido criado para esse fim específico; e d) o valor do contrato deve ser compatível com o de mercado. A hipótese de dispensa encontra guarida no descabimento de a Administração conceber uma disputa de preços para a aquisição de bens e serviços por ela produzidos, por intermédio de pessoa jurídica criada para esse fim específico. No que diz respeito à aplicação, o dispositivo só deve ser empregado às atividades de natureza pública, que prestam efetivamente serviço público (ou que executem atividade de apoio administrativo), considerando que as empresas públicas (que desempenham atividade econômica) não podem concorrer em desigualdade, com privilégios, em relação ao mercado, pois tal afetaria diretamente o setor econômico. O TCU, inclusive, já decidiu nesse sentido, considerando que ‘o importante para fazer uso do dispositivo não é o fato de o capital da empresa ser público, e sim a natureza do serviço contratado, se pública ou econômica’: 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 [...]. Nesse sentido, Marçal Justen, ao sustentar que não podem ser contratadas sem licitação as empresas estatais que atuam no mercado, uma vez que 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, dado que uma 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: Essa solução destina-se a evitar inclusive o desequilíbrio na formação de preços das entidades estatais. Poderia verificar-se aquilo que a Economia denomina subsídio cruzado. Assim se passaria quando a empresa estatal transferisse parte dos seus custos comuns e normais para o preço dos produtos ofertados à própria Administração Pública, o que compreender o problema. Suponha-se que uma empresa estatal produza cem unidades de produtos, ao custo de cem unidades monetárias. Imagine-se que essa estatal comercialize, sem licitação, trinta unidades de produtos para a Administração Pública. Como não existe licitação, não há necessidade de

praticar o menor preço possível. Então, a entidade poderia adotar o preço de duas unidades monetárias para cada unidade de produto alienada para a Administração Pública. Como decorrência, receberia o montante de sessenta unidades monetárias como contrapartida da alienação de trinta unidades de produtos. Diante desse cenário, a estatal poderia praticar preço reduzido no mercado, comercializando as restantes setenta unidades por preço unitário inferior a uma unidade. Isso significaria que a contratação direta seria um expediente para assegurar a participação da estatal no mercado. O preço mais elevado pago pela Administração Pública configuraria uma forma de subsídio para a empresa estatal vender seus produtos no mercado por preço inferior. Em outras palavras, o preço inferior ao custo cobrado dos particulares seria compensado pelo preço superior exigido da Administração Pública. A AGU orientou no mesmo sentido, versando sobre dispositivo semelhante da Lei nº 8.666/1993: Orientação Normativa nº 13, de 01 de abril de 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. A contratação entre entidades integrantes de esferas federativas diferentes, coma adoção do dispositivo, tem sido bastante polêmica. A nosso ver, ela é perfeitamente viável, como, inclusive, sustenta majoritariamente a doutrina especializada, uma vez que a interpretação do dispositivo deve ocorrer no sentido de que o conceito de Administração Pública, previsto no inc. III do art. 6º, é abrangente, albergando qualquer ente. Da mesma forma, Jacoby Fernandes, apegando-se às distinções que a lei faz entre Administração e Administração Pública, opinando que outra maneira de entender impediria a colaboração entre esferas de governo e entre municípios vizinhos. Julieta Vareschini, após considerações, conclui que não se vislumbra a necessidade de serem os entes contratantes integrantes da mesma esfera de governo. Também nesse sentido, Carlos Pinto Coelho Motta, Marçal Justen e vários outros. Opinando contrariamente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que o contratante e o contratado devem ser do mesmo nível de governo, ‘já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo’.” (Bittencourt, Sidney, Nova Lei de Licitações passo a passo: comentado, artigo por artigo, Belo Horizonte: Fórum, 2021, págs. 571/573)

Na maioria dos seus comentários, Marçal Justen Filho não discrepa dos demais doutrinadores acima mencionados quando da análise do art. 75, IX da NLGLC. Em razão disso, preferimos destacar o entendimento do autor sobre a desnecessidade da prática do preço inferior ao de mercado:

“A compatibilidade do preço com aquele praticado no mercado não significa a exigência do menor preço possível. Essa interpretação tornaria o dispositivo inútil. A fórmula é adotada no inc. XIV do próprio art. 75. Se fosse necessário o menor preço possível, a situação seria reconduzível a uma licitação. Assim, a entidade referida no inc. IX ofertaria o menor preço, sagrando-se vencedora da licitação e seria contratada. O inc. IX perderia utilidade. O dispositivo destina-se precisamente a permitir a contratação por valor que não se configure como o menor do mercado. O que se exige é que o preço praticado seja compatível com vigente no mercado. Isso remete a uma avaliação dos preços oferecidos por outros sujeitos, configurando-se o preço adotado como próximo aos menores - ainda que não equivalente ao mais reduzido.” (Justen Filho, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pág. 1.062)

Assim, de tal sorte, pode se afirmar, num geral, que a doutrina repete nos comentários ao art. 75, IX da NLGLC, as mesmas divergências quanto ao art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993, como, por exemplo, a impossibilidade de contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica.

Entretanto, no caso das estatais (as empresas públicas e as sociedades de economia mista), a aplicação do art. 24, VIII da Lei nº 8.666/1993 e do art. 75, IX da NLGLC não era e não é uma opção.

A Lei nº 8.666/1993 deixou de ser uma opção a partir da edição da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais), conforme se pode ver abaixo:

“(...) a Lei nº 13.303/16 prescreve regime próprio de licitações e contratos para as estatais, que exclui, em princípio, o regime tradicional de licitações, direcionado para a estatal em geral, baseado na Lei nº 8.666/93, na Lei nº 10.520/02 (modalidade pregão) e na Lei nº 12.462/12 (Regime Diferenciado de Contratações – RDC) – o que encontra fundamento, como já salientado, no inc. XXVII do art. 22 e no inc. III do §1º do art. 173, ambos da Constituição Federal. A Lei nº 13.303/16 não reconhece, por qualquer modo, a aplicação subsidiária a ela da legislação tradicional, marcada pela Lei nº 8.666/93. Isso significa que, em termos práticos, na ausência de norma específica na Lei nº 13.303/16, os agentes das estatais não devem recorrer às normas da Lei nº 8.666/93 e aplicá-las, ou das demais leis que vigem para a Administração Pública em geral. Excepcionalmente, a legislação tradicional somente deve ser aplicada nas hipóteses e nas condições expressamente prescritas na própria Lei nº 13.303/16. Explicando melhor, a Lei nº 13.303/16 prescreve, em algumas passagens, de forma específica e para casos e situações específicas, a aplicação de dispositivos ou passagens da legislação tradicional.” (Licitações e Contratos das Estatais, Niebuhr, Joel de Menezes e Niebuhr, Pedro de Menezes, Belo Horizonte: Fórum, 2018, págs. 41/42)

“Questão relevante diz respeito à aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 em caso de lacuna ou omissão da Lei nº 13.303/16, que assim não determina expressamente. Diante da omissão da Lei das Estatais, é de se sustentar que não há aplicação subsidiária à Lei nº 8.666/93.” (Guimarães, Edgar e Santos, José Anacleto Abduch, Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016, Belo Horizonte: Fórum, 2017, pág. 123)

“A temática adotada no art. 41 comporta uma última observação referente à aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 em caso de lacuna ou omissão da Lei 13.303/2016. Nesse caso, é de se sustentar que não há aplicação subsidiária à Lei 8.666/1993. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, neste talante, não estão obrigadas à realização da audiência pública de que trata o art. 39 ou à aprovação das minutas de instrumento convocatório pela assessoria jurídica da entidade de que trata o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, por exemplo.” (Grotti, Dinorá Adelaide Musetti, Disposições gerais de licitações e contratos das empresas estatais, Comentários sobre a lei das estatais, Sérgio Ferraz (organizador), Adilson Abreu Dallari (et al), São Paulo: Malheiros, 2019, pág. 171)

“Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas.” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 288)

Já quanto à NLGLC, há, conforme se vê abaixo, previsão expressa de sua inaplicabilidade às licitações e contratos das empresas estatais:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: (...)

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.”

Tal dispositivo recebe os seguintes comentários da doutrina:

“A Lei nº 14.133/2021, ao estabelecer normas gerais de licitação e contratação, direciona seu modal deontico para o exercício da função administrativa pelas Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo: i) os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios; ii) os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. A NLLCA não se aplica às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias, que são regidas pela Lei nº 13.303/2016, salvante os aspectos criminais que nos termos do art. 178 consignou a aplicação dos tipos penais por ela inseridos no Código Penal, também para as condutas típicas que eventualmente venham a ocorrer no âmbito do processo de contratação das

empresas estatais.” (Pedra, Anderson Sant’ana, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 / coordenado por Cristiana Fortini, Rafael Sérgio Lima de Oliveira, Tatiana Camarão. - Belo Horizonte: Fórum, 2022, pág. 41)

“(…) nem todas as entidades administrativas encontram-se abrangidas pela Lei Geral de Licitações. É o caso das empresas estatais, que se encontram reguladas pela Lei 13.303/2016, que estabelece, inclusive, o processo licitatório a que estão submetidas.” (Carvalho, Matheus, Oliveira, João Paulo e Rocha, Paulo Germano, Nova Lei de Licitações Comentada, Salvador: Editora JusPodivum, 2021, pág. 15)

Diante da inaplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 e da Lei nº 14.133/2021, resta analisar a possibilidade de uma empresa estatal vir a contratar diretamente outra estatal à luz do disposto na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais).

Naquele diploma, o artigo 28, §3º, I dispõe o seguinte:

“Art. 28. (...)

§ 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:

I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;”

Comentando o aludido dispositivo, Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes Torres lecionam o seguinte:

“Nossa opinião é no sentido de que a permissiva dada pelo inciso I, do § 3º do art. 28 pode abranger tanto situações específicas em que a estatal ‘vende’ seus produtos e serviços, como situações específicas de contratação de fornecedores, diretamente vinculados ao exercício de sua atividade econômica principal. Assim, a referida hipótese de inobservância das regras licitatórias pode se dar tanto na ‘venda’ direta de produtos, serviços ou obras, pela estatal, como na ‘aquisição’ de produtos, serviços ou obras vinculadas diretamente à venda anteriormente indicada, desde que especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais. (...) De qualquer forma, tanto em uma como em outras hipóteses, é imprescindível que seja identificada incompatibilidade do procedimento licitatório formal com essas atividades, diretamente relacionadas com o objeto social. Essa compreensão se aproxima do pressuposto principal, defendido pela doutrina, ainda na égide da Lei nº 8.666/1993, de que não se pode ser considerada apta a atender ao interesse público a exigência de utilização de rígido regime licitatório, para que a empresa estatal participe da competição de mercado, quando esse regime se demonstra relevantemente prejudicial ou impeditivo.” (Barcelos, Dawison e Torres, Ronny Charles Lopes de, Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da lei 13.303/2016, Salvador: Editora JusPodivum, 2018, págs. 104/105)

Comentando os dois incisos do § 3º do artigo 28 do Estatuto das Estatais Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma ressaltam que nos casos de licitações dispensadas, a lei procurou aproximar as empresas estatais da realidade das empresas privadas com quem elas competem no mercado:

“Em ambos os casos, reconheceu-se legislativamente que não cabe o procedimento licitatório por se estar diante de atividades que dizem respeito à própria atuação empresarial traçada. Nesta linha, flexibilizou-se o pressuposto de que o dever de licitar é monolítico e se reconheceu, em aderência com a Constituição, que o regime de contratação das estatais deve lhes permitir atuar em regime análogo ao regime privado, o que atenua o cumprimento dos ritos das licitações (...) As previsões do art. 28 conectam-se às hipóteses estatais, que atuam em regime de mercado. Elas são como o reverso do dever legal de licitar. De modo simples: as estatais sujeitam-se ao dever de licitar em tudo aquilo que não diga respeito à necessidade de elas agirem mercado. Perceba-se que o fenômeno da inexigibilidade é conatural à própria essência das estatais.” (Guimarães, Bernardo Strobel (et al.), Comentários à lei das estatais (lei nº 13.303/2016), Belo

Horizonte: Forum, 2019, págs. 170 e 177)

Para Marçal Justen Filho o § 3º do artigo 28 da Lei 13.303/2016 disciplina hipóteses de licitação dispensada, ou, na redação dada pela norma, disciplina hipóteses de inaplicabilidade de licitação:

“O § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2006 alude a dispensa da observância dos dispositivos legais sobre licitação. A utilização do vocábulo ‘dispensa’ não significa, no entanto, configurar-se um caso de dispensa de licitação. O dispositivo estabelece uma determinação muito mais ampla, eis que não incidem as próprias regras sobre licitação.” (...) Na hipótese de inaplicabilidade, não se cogita de licitação porque não há exigência nesse sentido, em vista de que a situação contratual é dotada de peculiaridades que implicam a ausência de subsunção do caso à hipótese de incidência normativa. Então, pode até existir viabilidade de competição, mas não existe obrigatoriedade de licitação. (...) Nos casos de inaplicabilidade de licitação, não se faz necessário o procedimento necessário para a dispensa e a inexigibilidade. Isso significa a desnecessidade de um procedimento formal, destinado a documentar com minúcia as características do caso concreto. Assim se passa, de modo muito evidente, no caso de contratações envolvendo o objeto social da empresa estatal. Tais operações serão desempenhadas segundo as práticas de mercado, sem um tratamento formal diferenciado similar ao reservado para as contratações diretas propriamente ditas. Mesmo no caso da pactuação de parcerias empresariais, o procedimento a ser adotado não envolverá avaliações de vantajosidade econômica, norteadas por critérios objetivamente econômicos.” (Justen Filho, Marçal, “A contratação sem licitação nas empresas estatais”, Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, págs. 298/300)

Por fim, eu mesmo tive a oportunidade de comentar sobre o artigo 28, §3º, I da Lei 13.303/2016 e, na ocasião, afirmei se tratar de uma hipótese na qual o dispositivo tutela uma hipótese na qual a licitação sequer é cabível:

“(...) influenciado pelas discussões havidas na doutrina, nos tribunais de contas e no judiciário, o legislador aderiu à tese da inaplicabilidade do regime licitatório às “atividades-fim” das empresas estatais (que, na forma do inciso I do § 3º do art. 28 do Estatuto foram associadas a atividades especificamente relacionadas aos objetos sociais das entidades). E trata-se de verdadeira inaplicabilidade, não dispensa ou inexigibilidade de licitação, de modo que, estando-se diante de uma atividade-fim (ou seja, de uma atividade especificamente relacionada ao objeto social) da empresa pública ou sociedade de economia mista nem sequer se cogitará realizar licitação, não por ser uma situação excepcional ou uma situação onde a competição é impossível, mas sim por se tratar de uma situação onde a licitação, em virtude da natureza da empresa estatal não é cabível.” (Araújo, Aldem Johnston Barbosa, O Estatuto das estatais (Lei 13.303/2016) e a inaplicabilidade do regime licitatório nas atividades-fim desempenhadas pelas empresas estatais que exploram atividade econômica, Revista dos Tribunais, v. 105, nº. 973, págs. 97–161, nov., 2016)

Contudo, percebe-se que não há na doutrina nenhuma afirmação expressa e cabal acerca da possibilidade de o artigo 28, §3º, I da Lei das Estatais viabilizar a contratação direta de uma estatal por outra estatal sob a ótica de se tratar de uma hipótese de licitação dispensada.

Isso só veio a ocorrer na esfera pretoriana, mais especificamente no âmbito do sistema tribunal de contas, onde o Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), após consulta formulada pela Usina Elétrica a Gás (UEG) Araucária Ltda., entendeu ser uma hipótese de licitação dispensada quando houver uma contratação entre empresas estatais.

No Acórdão nº 1961/2019 publicado em 24/07/2019 nos autos do Processo nº 525636/18 de relatoria do Conselheiro Ivens Zschoerper Linhares, a Corte de Contas Paranaense se posicionou no seguinte sentido:

“PROCESSO Nº: 525636/18 ASSUNTO: CONSULTA ENTIDADE: USINA ELÉTRICA A GÁS DE ARAUCÁRIA LTDA INTERESSADO: JOPSON CUSTODIO RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES ACÓRDÃO Nº 1961/19 - TRIBUNAL PLENO. CONSULTA. ART. 28, §3º, INCISO I, DA LEI Nº 13.303/2016. INAPLICABILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO, PRESTAÇÃO OU EXECUÇÃO, DE FORMA DIRETA DE PRODUTOS, SERVIÇOS OU OBRAS, POR EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA, DESDE QUE RELACIONADAS COM O OBJETO SOCIAL DA PRESTADORA, COM PREÇOS COMPATÍVEIS COM OS DE MERCADO. CONHECIMENTO. RESPOSTA POSITIVA AO QUESTIONAMENTO. (...) 3. Face ao exposto, VOTO no sentido de que este Tribunal Pleno conheça da presente consulta, para no mérito, respondê-la no sentido de que, com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado. VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAM OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, por voto médio, em: Conhecer a presente Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, respondê-la no sentido de que, com base o art. 28, §3º, I, da Lei nº 13.303/16, autoriza a contratação direta de empresas públicas e sociedades de economia mista para aquisição de produtos, prestação de serviços ou execução de obras relacionadas ao objeto social da contratada, desde que observada a economicidade da transação, comprovada pela compatibilidade dos preços com os de mercado. Acompanham o voto do relator, Conselheiro IVENS ZSCHOERPER LINHARES, conforme os termos acima, os Conselheiros FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL. Na primeira votação, restou vencida a proposta do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO, pela impossibilidade da contratação, por entender que a hipótese do art. 28, §3º, I, da Lei nº 1.303/16 só diz respeito à venda e comercialização de produtos por estatais, não abrangendo as compras de fornecedores, no que foi acompanhado pelo voto do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO. Na segunda votação, foi vencida a proposta do Auditor TIAGO ALVAREZ PEDROSO, também pela impossibilidade de contratação na forma questionada, mas, por entender que a hipótese envolve contratação direta de fornecedores, desde que referente a produtos diretamente relacionados ao objeto social de empresas públicas ou sociedades de economia mista, mas não, necessariamente, entre empresas dessa natureza, no que foi acompanhado pelo voto do Conselheiro FABIO DE SOUZA CAMARGO. Presente o Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas GABRIEL GUY LÉGER. Sala das Sessões, 10 de julho de 2019 - Sessão nº 23. IVENS ZSCHOERPER LINHARES Conselheiro Relator NESTOR BAPTISTA Presidente”

Importante ponderar que, no voto do conselheiro relator, foi destacado que a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, sendo necessária a observância em todas as transações envolvendo despesa pública. Observe-se o seguinte trecho que trata do tema:

“Conforme mencionado, a pesquisa de mercado tem por finalidade atender ao princípio da economicidade, de status constitucional, que deve, portanto, ser observado em todas as transações envolvendo despesa pública, não havendo motivo, dentro desse contexto, para excluir sua obrigatoriedade em transações envolvendo empresas estatais. Nesse sentido, vale acrescentar que, a par do objetivo da Lei nº 13.303/2016, de facilitar a atuação das empresas estatais no ambiente competitivo de mercado, dando-lhes maiores oportunidades de comercialização de seus produtos e serviços, a fim de alavancar seu faturamento e contribuir com a redução das despesas com sua manutenção, diminuindo a dependência ao ente público que seja seu sócio, buscou-se, também, a maior eficiência na gestão e nos processos produtivos, com ênfase na transparência e práticas de gestão de riscos e controle interno (arts. 6º e 9º)”

Em suma, o Tribunal de Contas do Paraná reconheceu a validade da licitação dispensada, contudo não excluiu a necessidade de realização e comprovação da compatibilidade dos preços com os de mercado, visando assegurar a economicidade da transação.

Analisando o artigo 28, §3º, I da Lei nº 13.303/2016 a partir da análise feita pelo TCE/PR, nos parece que, de fato, é sim possível haver contratação direta entre estatais com base em tal dispositivo, pois, qual seria o sentido de a comercialização, prestação ou execução, de forma

direta, pelas empresas públicas e sociedades de economia mista de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais configurasse uma hipótese de licitação dispensada apenas e tão somente quando ela se desse entre as estatais e os particulares? Onde estaria explícita ou implicitamente no dispositivo a vedação à sua utilização nas relações envolvendo empresas estatais?

Ou seja, ao fim e ao cabo, as empresas estatais podem sim, à luz do artigo 28, §3º, I da Lei nº 13.303/2016, promover contratações diretas entre si, desde que haja comprovação da compatibilidade dos preços com os de mercado, visando assegurar a economicidade da transação.

Por **Aldem Johnston Barbosa Araújo**, advogado de Mello Pimentel Advocacia (E-mail: aldem.johnston@mellopimentel.com.br).