JURISPRUDÊNCIA

TC nº 72.000.440.02-20

Dispensa de licitação – contratação entre duas empresas da Administração Indireta – inexigibilidade de licitação e não dispensa – não revestirem a natureza de pessoa jurídica de direito interno – preço pago compatível com o de mercado – acolhido o contrato – art. 25 "caput" da Lei 8666/93

DECLARAÇÃO DE VOTO

O presente focaliza contrato de prestação de serviços técnicos profissionais envolvendo duas empresas da Administração Indireta do Município de São Paulo, o qual foi autorizado, sem prévia licitação, com fulcro no artigo 24, inciso VIII, da Lei Federal 8.666/93, pelo Despacho refletido na cópia de fl. 25.

O cerne da discussão travada nestes autos é a aplicação, à espécie em julgamento, da citada regra de dispensa, que, segundo a redação dada pela Lei 8.883/94, tem exatamente este enunciado:

"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."

Por força dessa linguagem, parte da Doutrina tem restringido sua incidência aos contratos celebrados pelos próprios entes estatais, excluindo, em conseqüência, as pessoas jurídicas da Administração Indireta do campo de sua abrangência, independentemente de sua natureza.

Outra exegese, no meu entender, não se coaduna com o critério da hermenêutica jurídica, segundo o qual **"não cabe ao intérprete distinguir onde a lei não distingue"**, porquanto o texto não faz qualquer referência aos entes públicos descentralizados. Além disso, a lei, quando clara, não demanda interpretações dúbias ou equivocadas, de acordo com a velha parêmia latina *"in claris, non fit interpretatio"*.

Essa questão, a propósito, já mereceu acalentados estudos em precedentes desta Egrégia Corte, pronunciados nos TCs 8.271.98-08 e 2.573.00-32, nos quais se reconheceu a taxatividade da lista enumerada no artigo 24 da Lei Federal 8.666/93 e seu caráter de norma geral, afastando-se, na mesma oportunidade, a incidência da hipótese tipificada em seu inciso VIII, nos ajustes dos quais não participam as pessoas jurídicas de direito público interno. A esses estudos peço vênia para me reportar, evitando rediscussão da temática.

Sem embargo da imprópria fundamentação do Despacho autorizador da dispensa, entendo que a falta de procedimento licitatório não maculou o ajuste porque as duas

empresas envolvidas não se caracterizam como terceiros, para os fins e efeitos do artigo 2º do Diploma Federal Básico.

É que, na conceituação desse dispositivo, a palavra "terceiro" tem significado restrito, compreendendo apenas as pessoas jurídicas estranhas à administração pública, tanto direta como indireta, o que não é o caso em julgamento, em que o liame contratual foi celebrado por duas entidades criadas pelo próprio Município de São Paulo, para o desempenho de tarefas e atividades que ele próprio poderia executar através de seus órgãos administrativos internos.

Por essa razão, não vejo ofensa ao princípio da obrigatoriedade da licitação no ajuste "sub examine", mormente considerando que a atividade contratada é de prestação de serviços inserida dentro dos fins institucionais da entidade contratada.

Faço, entretanto, a ressalva de que outra seria a solução, caso o escopo contratual caracterizasse exploração de atividade econômica a que se refere o artigo 173 da Constituição Federal, no qual, sob certa forma, há uma equiparação das empresas públicas e das sociedades de economia mista às empresas da iniciativa privada, mormente em relação a privilégios fiscais.

É o que explica Marçal Justen Filho, neste comentário:

"O dispositivo comporta diversos enfoques, segundo a natureza da atividade desenvolvida pela entidade. Como visto a propósito dos comentários ao artigo 1º, as sociedades de economia mista e empresas públicas podem enquadrar-se em duas categorias básicas. Ou se dedicam a atividades econômicas (em sentido estrito) ou são prestadoras de serviço público (aí incluídas tanto as que prestam serviço público propriamente dito como também as que desenvolvem atividades de suporte à Administração Pública). As entidades que desempenham atividade econômica estão subordinadas, por força do artigo 173 da CF/88, a regime jurídico idêntico ao reservado para a iniciativa privada. Atuam no mercado e não podem merecer qualquer privilégio ou benefício. Já as prestadoras de serviço público retratam mera alternativa organizacional da Administração Pública. Em vez de optar por atribuir certas competências a seus próprios órgãos, a pessoa política institui sujeitos autônomos". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 7ª edição, 2000, pág. 248).

Nada obstante, não comungo da opinião do autor, de extensão da regra de dispensa comentada àqueles entes descentralizados, mesmo em se tratando propriamente da prestação de serviços públicos, como assinalei ao longo deste voto.

Ademais, não se pode olvidar que o dispositivo inserto no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal 8.666/93, exige que a contratante seja pessoa jurídica de direito público interno, o que afasta, de pronto, a possibilidade de a COHAB – que não se caracteriza com tal – figurar na posição de contratante.

Nessa linha de pensamento, entendo mais apropriado afeiçoar a espécie analisada ao artigo 25, "caput", da Lei Federal 8.666/93, que contempla os casos genéricos de inexigibilidade, posição está, aliás, defendida nos precedentes já julgados por este Colendo Sodalício, a que já fiz referência, desde que cumpridas as exigências estatuídas no artigo 26 seguinte do mesmo Diploma Legal.

Isto posto, apesar da fundamentação incorreta da contratação, acolho o ajuste, pelas razões antes aduzidas.

É o voto que declaro, com a observação final de que o Agravo Regimental retido, interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, não tem qualquer procedência, tendo em vista que a Origem já se pronunciou nos autos, às fls. 74/76, de sorte que o pedido de fls. 88/89, para não comprometer o andamento processual, não merecia realmente guarida pelo r. Despacho de fl. 90.

TCM, 14 de dezembro de 2005.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EURÍPEDES SALES.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em acolher o Contrato 347/2001, pelos votos dos Conselheiros EURÍPEDES SALES – Relator e EDSON SIMÕES, com a fundamentação do contrato na inexigibilidade de licitação e não na dispensabilidade, conforme preceitua o "caput" do artigo 25 da Lei Federal 8.666/93 ou o "caput" do artigo 65 da Lei Municipal 10.544/88, e considerando a inexistência de dolo ou má-fé dos contratantes, como também a ausência de prejuízo ao Erário, e, ainda, os julgamentos proferidos nos TCs 2.573.00-32 e 8.271.98-08, bem assim consoante declaração de voto apresentada pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM, designado Revisor, nos termos do artigo 100 do Regimento Interno desta Corte, que, entendendo não ter a falta de procedimento licitatório maculado o ajuste, porque as duas empresas envolvidas não se caracterizam como "terceiros", para os fins e efeitos do artigo 2º do Diploma Federal Básico, também considerou mais apropriado afeiçoar a espécie analisada ao supramencionado artigo 25, desde que cumprida as exigências estatuídas no artigo 26 seguinte do mesmo Diploma Legal.

Impedido o Conselheiro MAURÍCIO FARIA, nos termos do artigo 177 do Regimento Interno desta Corte.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda GIANFRANCESCO GENOSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 14 de dezembro de 2005.

ANTONIO CARLOS CARUSO
Presidente

EURÍPEDES SALES
Relator