



Procedência: Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais

Interessado: Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais e PRODEMGE

Número: 15.626

Data: 14 - 03 - 2016

Ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÃO. CORPO DE BOMBEIROS MILITAR (CBMMG). INTERLIGAÇÃO DE SISTEMAS DE INFORMÁTICA. CONTRATAÇÃO DIRETA DA PRODEMGE. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA DO ESTADO. INEXIGIBILIDADE. PRESSUPOSTOS: SINGULARIDADE OBJETIVA E SINGULARIDADE SUBJETIVA. DISPENSA. ARTIGO 24, VIII E XIV DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93. NÃO COMPROMETIMENTO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DA AUTORIDADE OU ÓRGÃO COMPETENTE NA UNIDADE CONTRATANTE.

RELATÓRIO

Trata-se do ofício encaminhado pelo Comandante Geral do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG) sobre o objetivo da sua Assessoria de Assistência à Saúde contratar a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais – PRODEMGE, para interligação do Sistema Integrado de Pessoas (SIGP/CBMMG) e o Sistema Integrado de Gestão de Saúde (SIGS/PMMG), de modo a garantir a celeridade e maior segurança no lançamento de licenças e dispensas saúde.

Em face de divergência interna na Corporação sobre o tipo de procedimento a ser adotado, o Ofício n. 1004/2016-ADJ.Jurídica/EMBM/1 indaga sobre a realização de inexigibilidade ou dispensa de licitação, com base no artigo 7º, § 1º da Lei Complementar Estadual nº 75/04 c/c artigo 1º, § 2º da Resolução nº 148/05-AGE.

É o breve relatório.

Passo a opinar.



PARECER

Preliminarmente, cumpre estabelecer que a indicação de figura jurídica a ser adotada como mecanismo de vinculação entre o Estado e terceiros apenas pode ser realizada, de modo seguro, diante de casos concretos em que estejam especificados, de modo claro, o objeto, o órgão estadual contratante, a entidade administrativa contratada, o universo de possíveis interessados e outros aspectos materiais e procedimentais relevantes na espécie. Isso não impede, entretanto, esclarecimentos a propósito dos institutos da dispensa e da inexigibilidade de licitação, bem como exame das suas hipóteses de cabimento e pressupostos legais.

1) Inexigibilidade

Considerando a indagação referente à possível contratação, pelo Corpo de Bombeiros Militar, da PRODEMGE, esclarece-se que a realização do procedimento licitatório, segundo as modalidades previstas no ordenamento jurídico, é a regra vinculante da Administração Direta e Indireta antes da celebração dos contratos administrativos, nos termos estritos do artigo 37, XXI da CR/88 e das normas gerais da Lei Federal nº 8.666/93. Portanto, para que sejam firmados contratos administrativos, em princípio é necessário realizar licitação conforme as modalidades previstas na legislação federal veiculadora de normas gerais (concorrência, tomada de preços, convite, leilão, concurso ou pregão). A jurisprudência e a doutrina insistem na obrigatoriedade de licitar como um dever inafastável à luz da CR/88 e da legislação infra-constitucional. Com efeito, sempre que cabível a licitação, é essencial a sua realização (ROMS nº 5.532-PR, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma do STJ, DJU de 23.04.01, p. 123). Confirma-se o seguinte julgado do TCU:

“7.6. A regra, portanto, é a obediência ao devido procedimento concorrential, visando ao atendimento de dois outros princípios relevantes nas relações encetadas entre o Estado e os administrados, a saber: o princípio da isonomia e o da indisponibilidade do interesse público. O primeiro expressa o direito que todos têm de ofertar bens e serviços ao Estado. O segundo revela que a contratação deve proporcionar maior vantagem para a Administração.



7.7. Se a regra é a disputa entre os diversos interessados em fornecer bens e serviços ao ente estatal, a exceção há de estar autorizada na norma regente do procedimento. A Lei n. 8.666/1993, art. 25, especifica os casos em que o agente poderá utilizar-se da inexigibilidade licitatória (...)” (Acórdão nº 4.034/2009, Processo nº 031.017/2007-0, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 1ª Câmara do TCU)

Nesse contexto, as hipóteses de contratação direta são exceção que, como tal, não admitem interpretação extensiva, nem mesmo ampliação das hipóteses autorizativas em outras esferas da federação ou no exercício do poder regulamentar ou regulatório. As situações em que é cabível dispensa de licitação ou licitação inexigível tornam imperiosa expressa previsão legal em dispositivo federal de âmbito nacional, exatamente por serem excepcionais e por se relacionarem com o aspecto básico da contratação, que exige tratamento uniforme na Administração direta e indireta da União, dos Estados, do DF e dos Municípios.

Há hipóteses de contratação direta em que o certame afigura-se impossível por ser a competição inviável (inexigibilidade de licitação) ou casos em que a própria lei, no exercício da discricionariedade política, faculta ao administrador não realizar a licitação pelas modalidades existentes, por não considerar este, necessariamente, o meio apto à proteção do interesse jurídico que se busca atender com o contrato (dispensa de licitação).

Para a caracterização da inexigibilidade licitatória, é indispensável a prova de que a competição é inviável, considerando o universo de proponentes disponíveis no mercado, bem como a natureza do objeto ou serviço pretendido. A impossibilidade da disputa consiste em evento decorrente do mundo dos fatos, vale dizer, da própria realidade administrativa. Depende não só da capacidade técnica e científica da pessoa a ser contratada, mas também da vinculação direta entre tal capacitação e a necessidade pública que se busca atingir. Esta necessidade deve apresentar singularidade material, de modo a justificar a extraordinária contratação direta.

Nessa linha de raciocínio, certo é que a singularidade de um serviço exige que o serviço e a produção intelectual em questão se mostre invulgar, distinto dos demais trabalhos rotineiros do setor, por um aspecto intrínseco, que lhe seja inerente e que demande um conhecimento peculiar, aprofundado e inconfundível, de que é titular aquele que se pretende contratar diretamente. Assim sendo, a própria natureza da necessidade administrativa, por si só, deve



demonstrar como imperativa uma habilidade técnica diversa dos conhecimentos normalmente utilizados pelos profissionais do setor, de modo padronizado. Ademais, é preciso que a habilitação especial da pessoa (natural ou jurídica) a ser contratada satisfaça exatamente as exigências técnicas peculiares da tarefa, que delineiam a sua singularidade. Conclui-se ser imperioso que a atividade que se pretende contratar seja singular, por critérios objetivos decorrentes das próprias técnicas a serem empregadas na espécie, e que, simultaneamente, a habilitação do corpo técnico que prestará o serviço especial seja diferenciada ao ponto de justificar a contratação que, assim, não teria equivalente no mercado, em face da notória especialização.

Ao analisar a matéria, a jovem e competente administrativista Irene Patrícia Nohara elucida:

“Além da singularidade do objeto (art. 25, II), a contratação de serviço técnico de profissional com notória especialização obedece, portanto, também os critérios de essencialidade e indiscutibilidade da adequação ao serviço, que deve ser desempenhado por alguém com qualificação incomum.

Não se admite, por exemplo, a contratação de conceituado jurista para atividade de assessoria jurídica rotineira de ente federativo, pois os custos do contrato seriam apenas justificados em assuntos relacionados com matérias complexas, singulares ou relevantes.

Nesta perspectiva, enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello que não há necessidade de contratar profissional de notória especialização na área jurídica para ‘mover simples execuções fiscais’ para a Administração Pública. Para o jurista, a singularidade é relevante quando há um componente criativo de seu autor, envolvendo estilo, traço, engenhosidade, especial habilidade ou argúcia de quem executa um serviço, que são requisitos para o satisfatório atendimento da necessidade administrativa.

Esta última exposição reflete a chamada *orientação subjetivista* do critério de contratação de profissional com notória especialização, mas, conforme visto, também há exigências de outra natureza, que podem demandar também, por exemplo, a comprovação de exigências de natureza objetiva, concernentes à essencialidade e indiscutibilidade da adequação do serviço, que deve apresentar natureza singular,



sob pena de exigir a realização do procedimento licitatório.”
(NOHARA, Irene Patrícia. Contratação direta “in” Tratado de Direito Administrativo. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di (coord). v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128)

Especificamente quanto a serviços de informática, é certo que nem todos podem ser considerados singulares. Mesmo atentando para a especialidade da formação necessária em determinadas atividades, como, p. ex., a interligação de sistemas na estrutura do Estado, é inviável aprioristicamente atribuir a característica da singularidade ao serviço tecnológico. Somente se na hipótese concreta, por circunstâncias especiais, se comprovar a primazia do conhecimento detido por uma dada entidade como a PRODEMGE para promover no Estado a integração dos sistemas desejada, ter-se-á o caráter singular do ponto de vista material. Se a interligação dos sistemas (de gestão de pessoas e de gestão de saúde) para fins de lançamento de “licenças e dispensas-saúde” implicar técnicas corriqueiras e ordinárias, detidas por empresas privadas e outras públicas que atuam no setor, ausente estará um dos pressupostos da inexigibilidade. É mister analisar, portanto, se se trata de uma interligação de sistemas que pode ser realizada por profissionais que consubstanciam a maioria daqueles que atuam na área de tecnologia, o que torna viável licitação e exclui a inexigibilidade.

Apenas se admite falar em inexigibilidade se, além de manifesta a especialização notória de quem se pretende ver executando o serviço de informática, a natureza singular da tarefa também esteja evidenciada na espécie. Não há que se autorizar contratação direta para atividade rotineira de informática de um determinado órgão, ausentes especificidades de qualificação na definição objetiva das atividades a serem realizadas pela empresa que se pretende contratar. Observe-se que as Cortes de Contas vêm insistindo que a confiança do Administrador não é elemento caracterizador da inexigibilidade, mas apenas fator complementar que deve ser conjugado com os demais requisitos previstos em lei para que se considere legítima a contratação por inexigibilidade:

“Assim, para configurar-se a hipótese de contratação direta com fulcro no inc. II do art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, dois requisitos são necessários, repita-se: notória especialização do contratado e singularidade do objeto. Nesse contexto, vale colacionar o seguinte entendimento do Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra ‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’, 14ª edição, 2010, pág. 368: ‘singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas



capacitadas a executá-lo', e que: 'A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional especializado'.

Envolve os casos que demandam mais do que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)'.

A propósito, essa matéria está pacificada nesta Corte, a teor do verbete da Súmula TC 106, publicada no "Minas Gerais", de 22/10/08, pág. 40 e mantida no D.O.C, de 05/05/11, pág. 08, in verbis: 'Nas contratações de serviços técnicos celebradas pela Administração com fundamento no artigo 25, inciso II, combinado com o art. 13 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, é indispensável a comprovação tanto da notória especialização dos profissionais ou empresas contratadas como da singularidade dos serviços a serem prestados, os quais, por sua especificidade, diferem dos que, habitualmente, são afetos à Administração.'

Válido transcrever, ainda, trecho da resposta à Consulta nº 652069, Sessão do Pleno de 12/12/2001, sobre singularidade: 'Singular é, pois, a característica do objeto que o individualiza que o distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie.

A singularidade não está associada à noção de preço, de dimensões, de localidade de cor ou de forma. Assim, a singularidade pode incidir sobre um serviço cujo valor esteja abaixo dos limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/93. Os serviços rotineiros, corriqueiros, comuns, que vão desde a confecção de balanço, de auditoria contábil, operacional, etc., comparecimento em audiências trabalhistas, em casos de pequenas indenizações, reclamações simples, defesa administrativa num processo de prestação de contas, etc., não podem ser considerados singulares, posto que podem ser realizados por qualquer um que possua habilitação específica e competência para fazê-los, impondo-se a licitação. A definição da singularidade deve ser estabelecida exclusivamente à luz do interesse público, e justificada sob



os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade e publicidade.’

Quanto ao argumento de que, para a contratação em análise, foi considerado o componente subjetivo da confiança do gestor em relação ao contratado para realização do serviço, vale deixar claro que o elemento confiança não pode ser usado como critério para fundamentar a inexigibilidade da licitação, mas apenas para a escolha do profissional possuidor de notória especialização, e desde que esteja caracterizada a singularidade do serviço.” (Processo nº 705829, 2ª Câmara do TCEMG, julgamento em 20.11.2012)

Também análises técnicas feitas pelo Tribunal de Contas da União vêm se valendo de lições doutrinárias para limitar as contratações diretas fundadas em hipótese de inexigibilidade:

“De início, em razão da singularidade ser característica do objeto, ou seja, é o serviço pretendido que é singular e não aquele que executa. Esse entendimento é ratificado pelo doutrinador Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (Contratação Direta sem Licitação, p. 600), que dispõe que a singularidade seria ‘característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador’. No mesmo sentido é o entendimento de Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Dialética, 2009, p. 356), estabelecendo que a singularidade do objeto é caracterizada por se tratar de situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional especializado, envolvendo casos que demandam mais do que simples especialização.” (Processo nº 016.320/2006, relator Ministro José Múcio Monteiro, Acórdão nº 1214, 1ª Câmara do TCU, julgamento em 08.04.2014)

Sendo assim, é mister que o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais (CBMMG) analise a natureza da interligação de sistemas que pretende para maior segurança e celeridade no lançamento de licença e dispensa-saúde. Se se tratar de atividade de informática que exige alta especialização e conhecimentos incomuns entre os profissionais da área, tem-se elementos



indicativos de singularidade objetiva. Ademais, será preciso analisar a experiência anterior da PRODEMGE que se solidificou como uma empresa que habitualmente presta serviços para a Administração direta e indireta estadual. Entende-se cabível analisar se a especialização da referida sociedade de economia mista estende-se até a seara dos conhecimentos de interligação entre sistemas de que necessita o CBMMG, possuindo um quadro de profissionais com saber técnico notório capaz de inviabilizar a competição no caso concreto, visto que inadmissível subcontratação de serviços em casos de inexigibilidade de licitação. O fato de se objetivar maior segurança no lançamento de “licenças e dispensas-saúde” é relevante, em se tratando da necessidade de sigilo em favor dos integrantes do quadro de pessoal do Corpo de Bombeiros, vislumbrando-se como vantajosa a atuação da PRODEMGE, entidade da Administração Indireta sujeita ao regime jurídico administrativo, cujas restrições e vinculações garantem maior segurança aos envolvidos. Destaque-se a pertinência de considerar a experiência anterior da PRODEMGE em contratos que exigiram atividade de informática semelhante, bem como investigar o domínio pelos profissionais da sociedade de economia mista das técnicas a serem utilizadas na execução da tarefa, saber prévio no tocante aos sistemas a serem integrados, habilidade de conhecimento, sigilo e celeridade especiais que evidenciem a diferenciação aperfeiçoada do “expertise” da entidade, de modo que, se se reunirem alguns desses aspectos relevantes, tenha-se demonstrada a singularidade sem a qual não há que se falar em inexigibilidade.

Conclui-se, por conseguinte, que apenas será possível contratação direta pelo Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG) da Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais (PRODEMGE) para interligar o Sistema Integrado de Gestão de Pessoas (SIGP/CBMMG) e o Sistema Integrado de Gestão de Saúde (SIGS/PMMG) se evidenciada, em cada caso concreto, fundamentadamente, a singularidade objetiva da atividade informática de que o órgão necessita e a singularidade subjetiva da sociedade de economia mista.

2) *Dispensa*

O Comandante Geral do CBMMG questiona, ainda, sobre a viabilidade de realizar dispensa de licitação para contratar a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais (PRODEMGE).

Consoante já se explicitou, inexigibilidade e dispensa de licitação são institutos diversos, sendo nesse sentido a lição doutrinária atual:



“As diferenças entre inexigibilidade e dispensa de licitação são evidentes. (...)

A inexigibilidade é um conceito logicamente anterior ao da dispensa. Naquela, a licitação não é instaurada por inviabilidade de competição. Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é, diante das circunstâncias, a lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares.

Em suma a inexigibilidade é uma imposição da realidade extranormativa, enquanto a dispensa é uma criação legislativa. Como decorrência direta, o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo. Já os casos de dispensa são exaustivos, o que não significa afirmar que todos se encontram na Lei nº 8.666. Outras leis existem, prevendo casos de dispensa de licitação. Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não é viável. Se não for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade de competição, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 277-278)

Para se falar em dispensa, é preciso que lei federal de âmbito nacional tenha facultado a contratação direta em determinada hipótese, com base em potencial inconveniência ao interesse público, a ser avaliada pela autoridade ou órgão administrativo competente.

Embora haja outros diplomas que, isoladamente, estabeleçam situações de dispensa (p. ex. artigo 23, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.427/96), é certo que a maioria dos casos de licitação dispensável, que enseja juízo de mérito discricionário pela Administração Pública, está no artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93. Dentre as hipóteses consagradas no referido artigo 24, destacam-se duas, potencialmente aplicáveis à espécie:



“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; (redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)”

2.1) Contrato “interadministrativo” ou com pessoa da Administração Pública (artigo 24, VIII da Lei Federal nº 8.666/93)

Da literalidade do artigo 24, VIII da Lei nº 8.666/93, extrai-se que o Estatuto das Licitações prevê como dispensável a licitação se presentes alguns requisitos específicos, a saber: *a)* quem contrata deve ser pessoa jurídica de direito público interno, seja ela política (União, Estados, Distrito Federal, Municípios) ou seja ela administrativa (autarquias e fundações públicas de direito público federais, estaduais, distritais ou municipais); *b)* o serviço ou o bem objeto que se objetiva adquirir deve ser produzido por órgão (administração direta) ou entidade (administração indireta) integrante da Administração Pública; *c)* este órgão ou entidade fornecedor deve ter sido criado antes Lei 8.666/93 e com o fim específico de produzir aqueles bens ou serviços; *d)* por, fim é essencial que o preço seja compatível com o que se encontra no mercado. Atendidas estas exigências, a lei permite contratar diretamente os serviços ou produtos junto a entidades como fundações públicas estaduais.

Confirmam-se orientações balizadas sobre a matéria ao explicitar que a contratação direta fundada no inciso VIII do art. 24 poderá ocorrer se estiverem presentes os seguintes pressupostos:



- “a) contratação a ser efetivada por pessoa jurídica de direito público interno;
- b) os bens ou serviços devem ser prestados por órgão ou entidade que integra a Administração Pública e que tenha sido criado para a finalidade específica de lhe fornecer bens ou executar serviços, antes da edição da Lei nº 8.666/93; e
- c) o preço contratado deve ser compatível com o praticado no mercado.” (Questão prática. Boletim de Licitações e Contratos, São Paulo, NDJ, p. 989-990, outubro de 2008, p. 989)

Lúcidas são as ponderações de Ronny Charles no sentido de ser necessário “que o órgão ou a entidade integre a Administração Pública e tenha sido criado em data anterior à vigência desta Lei e com o fim específico de produção de bens ou prestação dos serviços pretendidos”, ao que acrescenta:

“quando o Estado pretende bem ou serviço produzido em seu seio organizacional, ofertado por pessoa jurídica a ele pertencente, seja detentora de personalidade de direito público ou privado, verifica-se difícil compreender que o Administrador busque externamente aquilo que está a seu alcance e que pode obter sem o necessário e dispendioso certame licitatório, exigido para contratar com eventuais entidades estranhas a seu universo orgânico. Tal situação, em tese verificável, deve ser fundamentada em concretas e relevantes vantagens para o interesse público.” (CHARLES, Ronny. Leis de Licitações Públicas Comentadas. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 113)

De fato, há razoabilidade em um órgão da Administração Pública (como o CBMMG) buscar atendimento de uma das suas necessidades junto a sociedade economia mista estadual (como a PRODEMGE) que, além de ter como objetivo o lucro como compatível com sua personalidade jurídica privada, integra a Administração Pública indireta do Estado e se sujeita aos princípios basilares do regime jurídico de direito público (eficiência, moralidade, publicidade, boa-fé objetiva, legalidade, dentre outros). Ao prestar serviços de tecnologia, tem-se como justificada a retribuição por parte do órgão contratante, visto que atendida as necessidades de informática apresentadas. Os interesses dos envolvidos até podem ser diversos: o CBMMG deseja ter a interligação entre dois sistemas (SIGP/CBMMG e SIGS/PMMM) por um custo razoável e a PRODEMGE



deseja realizar a atividade de informática com a retribuição pecuniária devida, alcançando o lucro; contudo, os interesses não se contrapõem na lógica Lucro Máximo X Serviço o mais Econômico, ausente o acirramento entre esses elementos que é tão comum em boa parte das relações que o Poder Público com empresas privadas que atuam no mercado.

Facilita o alcance desse benefício o fato de a lei exigir que o objeto contrato seja coincidente com a finalidade precípua ou fundamento do órgão ou entidade criado antes da edição da Lei Federal nº 8.666/93. Quanto a esse aspecto, destaca-se pronunciamento anterior dessa consultoria jurídica, por meio da Nota Jurídica nº 1.056, de 31.01.2006:

“No tocante à finalidade da criação da PRODEMGE, há coincidência com o objeto pretendido pela Administração contratante. Com efeito, a Lei nº 6.003/72, criadora da PRODEMGE, determina em seus arts. 1º e 2º:

‘Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a constituir e organizar, observada a legislação própria, uma sociedade por ações, sob a denominação de Companhia de Processamento de Dados do Estado de Minas Gerais - PRODEMGE - diretamente vinculada ao Governador do Estado - e a subscrever ações que assegurem ao Estado a condição de acionista majoritário.

Art. 2º - A PRODEMGE tem por objeto:

I - executar, em caráter privativo, por processos-mecânicos, eletromecânicos ou eletrônicos, serviços de processamento de dados e tratamento de informações para os órgãos da administração direta e indireta;

II - executar, mediante convênios ou contratos, serviços de processamento de dados para órgãos ou entidades da União e dos Municípios;

III - prestar assistência técnica aos órgãos da administração pública em geral;

IV - exercer as funções de órgão central do Sistema Estadual de Reforma Administrativa, tal como definido no Decreto nº 14.359, de 3 de março de 1972.’

Afere-se que a PRODEMGE tem por objeto o mesmo pretendido pela SEDE na contratação direta, ou seja, provimento da estrutura tecnológica para suporte à 47ª Reunião Anual do BID. Ademais, conforme o próprio art. 2º, I, da Lei nº 6.003/72, cabe à PRODEMGE executar em



caráter privativo, serviços de processamento de dados e tratamento de informações para os órgãos da administração direta e indireta, o que se amolda ao caso em debate.

Questão relevante, ainda com Jacoby Fernandes, diz respeito ao fato do 'órgão possuir a finalidade genérica de prestar serviços numa determinada atividade, sem fazer referência à execução dos mesmos para a Administração Pública. Nesse caso, por não ficar caracterizada a finalidade específica, deverá ser procedida a licitação.' (op. cit., p. 211.)

A PRODEMGE foi criada com o intuito específico de atender à Administração Pública direta e indireta. Não obstante, foi acrescentado o inciso V ao seu art. 2º que abriu a participação da PRODEMGE na prestação de serviços à iniciativa privada sem, contudo, afastá-la de seu compromisso de informatizar o Estado. Trata-se de abertura restrita, já que condicionada às únicas hipóteses elencadas nas alíneas *a* e *b* daquele inciso.

Tal fato não obsta a aplicação do inciso VIII, do art. 24 da lei 8.666/93 ao caso em comento, pois é incontroverso que a PRODEMGE foi criada com o fim específico de atender à administração pública direta e indireta no que se refere aos serviços de tecnologia da informação. Daí porque sua contratação direta não prejudica os princípios licitatórios.

Quanto ao período de criação da PRODEMGE, é ainda incontroverso que ocorreu antes da vigência da Lei nº 8.883/94 (que deu redação ao inciso VIII, do art. 24, da Lei 8.666/93), uma vez que sua lei criadora data de 1972." (sem grifo no original)

Não há dúvida que a criação da PRODEMGE para atuar especificamente na prestação de serviços de tecnologia ao Estado de Minas Gerais decorre de lei estadual anterior ao início da vigência da Lei Federal nº 8.666/93 e da nova redação ao inciso VIII do artigo 24 do Estatuto licitatório dada pela Lei nº 8.883, de 1994. Considerando o que dispõe o artigo 24, VIII nesse aspecto, estaria a pretensão do Corpo de Bombeiros de contratar a PRODEMGE amparada nesta hipótese de dispensa de licitação.

Na verdade, considerando a literalidade do inciso VIII do artigo 24 o CBMMG poderia realizar contratação direta, em virtude de dispensa de licitação, da PRODEMGE, mormente em se considerando a previsão legal mineira, anterior à Lei Federal nº 8.666/93, que autorizou a mencionada sociedade de economia



mista a prestar serviços de tecnologia em favor do Estado de Minas Gerais. De um lado, teríamos um dos órgãos do Estado, qual seja, o Corpo de Bombeiros Militar, como contratante, e, de outro, uma sociedade de economia mista integrante da Administração indireta do Estado, qual seja, a PRODEMGE, como contratada. Estaria atendida, pois, a literalidade das exigências veiculadas em norma geral no inciso VIII do artigo 24 do Estatuto das Licitações.

Sublinha-se que o artigo 24, VIII da Lei Federal nº 8.666/93 permite aquisição por “pessoa jurídica de direito público interno” (contratante) junto a “órgão ou entidade que integre a Administração Pública” (contratada).

Quanto à menção à “pessoa jurídica de direito público interno”, certo é que o Brasil é um Estado Federado. No Estado Federado a Constituição, ao repartir os poderes entre os entes que lhe integram, estabelece clara descentralização da competência legislativa. Como observa Fernanda Dias Menezes de Almeida, “No modelo federal de Estado verifica-se, numa palavra, a descentralização política, que corresponde ao mais alto grau de descentralização.” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 26). De fato, a Constituição brasileira de 1988 assegura aos Municípios, ao Distrito Federal, aos Estados-membros e à União poder de legislar sobre determinadas matérias. Ou seja, de um centro, retirou-se competência legislativa para deferi-la a todos os entes integrantes da federação, malgrado haja certo predomínio da competência legislativa federal. A despeito de ainda existir tal tendência de primazia da União, tem-se clara a descentralização política levada a efeito pela Constituição da República em favor dos Municípios, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e da União Federal, todos pessoas jurídicas de direito público interno, todos entes federados. Assim, pode se afirmar que, no Brasil, é a própria Constituição que outorga a outras pessoas, que não o Estado Central, o poder de legislar. Assim, cada pessoa jurídica de direito público interno tem atribuído a si poder político, entendido o último como competência para editar leis nas matérias que a Constituição prevê.

Entre nós, portanto, os entes federativos são as pessoas jurídicas de direito público interno políticas: União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal. Todos estes entes são pessoas com existência jurídica própria, competência para legislar sobre matérias específicas, em razão de expressa determinação constitucional. A cada um desses entes federados foram atribuídas funções diversas que podem ser exercidas dentro da sua própria estrutura administrativa interna, constituída por órgãos públicos. Clássica é a lição no sentido de que na centralização administrativa “o Estado atua *diretamente* por



meio dos seus órgãos, isto é, das unidades que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem. Consistem, portanto, em meras distribuições internas de plexos de competência, ou seja, em ‘desconcentrações’ administrativas.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 137) Observe-se que esta distribuição interna de competências administrativas não implica a sua transferência a outra pessoa jurídica, mas se dá dentro da mesma pessoa jurídica de direito público interno política (União, Estado-membro, Município ou DF), entre órgãos que lhe integram. Estes órgãos são partes da pessoa federativa e são escalonados sucessivamente em uma pirâmide cujo ápice é o Chefe do Executivo. No âmbito do estadual, o Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG), p. ex., é um órgão integrante do Estado de Minas Gerais. Trata-se de um feixe interno de competências que faz parte da pessoa jurídica de direito público interno, de natureza política, Estado de Minas Gerais. A pessoa política (Estado) foi desconcentrada e um dos seus órgãos (uma das suas partes) é exatamente o CBMMG. Como ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro define a desconcentração como “uma distribuição interna de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Isso é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho.” (PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Direito administrativo. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 361) Nesse sistema, “*órgão público* é uma unidade de atuação despersonalizada, integrada em uma pessoa jurídica, apta a expressar juridicamente sua vontade por intermédio da atuação de agentes públicos, sendo centro de imputação parcial de competências atribuídas pelo ordenamento jurídico.” (MOTTA, Fabrício. Órgãos Públicos. *In* Administração Pública e servidores públicos. v. II. PIETRO, Maria Sylvia Zanella di e MOTTA, Fabrício (*Coord.*) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 104)

Não há dúvida, portanto, que o Estado de Minas Gerais pretender contratar, por meio de um dos seus órgãos, qual seja, o CBMMG, está de acordo com a parte inicial do inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93.

No que tange à previsão de que pode ser contratado “órgão ou entidade que integre a Administração Pública”, já se tem elucidada a compreensão quanto ao conceito de “órgão” na ciência jurídica. O que é relevante neste caso, no entanto, é a noção de “entidade que integre a Administração Pública”, visto



que a pretensão é de contratar a PRODEMGE, sociedade de economia mista estadual, integrante da Administração Indireta do Estado.

Para se compreender a noção de Administração Indireta, é mister fixar que, em algumas situações, o ente federativo, no lugar de exercer por seus órgão algumas competências, cria ou autoriza a criação de uma pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, atribuindo a ela a titularidade e a execução de uma determinada atividade administrativa. Em outras palavras, a União, o Estado, o Município ou o Distrito Federal outorga a titularidade e a execução de uma competência administrativa a uma pessoa pública ou privada que institui ou cuja criação autoriza. A outorga realizada pelas pessoas federativas é feita por lei que autoriza a transferência à privada descentralizada (ou transfere à pessoa pública) a competência específica de exercer uma dada atividade administrativa. Enquadram-se nesse caso as autarquias, as fundações governamentais, as empresas públicas e as sociedades de economia mista criadas no âmbito federal, estadual, distrital ou municipal. Todas se afiguram como entidades administrativas, criadas ou com instituição autorizada por lei de uma das pessoas federativas, com competência específica para atuar em determinada seara de modo independente, sujeitando-se ao controle de tutela.

As sociedades de economia mista, juntamente com autarquias, empresas públicas e fundações públicas integram, pois, a Administração Indireta. Este conceito, mormente após o Decreto-Lei nº 2.299/86 atribuir nova redação ao Decreto-Lei nº 200/67, restou pacificado. Foi incorporado no jargão constitucional e vem sendo reproduzido pelas demais pessoas federativas quando do exercício da sua autonomia política para se auto-organizarem. Também Marçal Justen Filho adverte para o fato de que “a configuração das Administrações indiretas de direito privado dos outros entes federais far-se-á pela legislação federal. Tal deriva de ser a União titular privativa da competência para legislar sobre direito civil e direito comercial (art. 22, I). Logo, as figuras dotadas de personalidade jurídica de direito privado terão de se enquadrar na legislação de competência federal.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 118) Destarte, a criação de entidades privadas da Administração Indireta dos Estados encontra-se condicionada pelos modelos comerciais e civis consagrados na legislação federal. Quanto à autonomia genérica para auto-organização administrativa, inclusive quando da instituição das entidades públicas da Administração Indireta, os entes federativos não podem ignorar o paradigma consagrado na Constituição, ou seja, é inadmissível que desconheçam, p. ex., que a CR, ao se referir à sociedade de economia mista, pressupõe tratar-se de uma pessoa jurídica de direito privado. Assim sendo, os



entes federativos estão vinculados a esta premissa constitucional no que tange às suas paraestatais. A legislação estadual também está obrigada a observar o significado utilizado pela Constituição da República ao empregar a expressão Administração Indireta, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Compreendida a eficácia dos limites constitucionais incidentes sobre a criação de entidades administrativas, pode-se afirmar que a noção atual de Administração Indireta abrange sociedades de economia mista e, ainda, autarquias, empresas públicas e fundações públicas.

Feitas essas ponderações, conclui-se que as sociedades de economia mista, como a PRODEMGE, integram a Administração Pública indireta do Estado, o que lhes assegura o enquadramento como contratadas possíveis na hipótese de dispensa de licitação consagrada no artigo 24, VIII da Lei Federal nº 8.666/93. Observe-se que não há qualquer restrição na lei ou em esfera normativa administrativa que afaste tal conclusão decorrente da literalidade do dispositivo, seja em relação àquelas entidades que prestam serviços públicos, seja no que tange às exploradoras de atividades econômicas.

Cumprido reconhecer, entretanto, que no âmbito federal há o entendimento reiterado de que sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica não podem se valer do benefício da contratação direta consagrada no inciso VIII do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, em virtude do regime jurídico de direito privado imposto no artigo 173, § 1º da Constituição da República.

O Ministro Raimundo Carneiro, do Tribunal de Contas da União, ao decidir o Processo nº 007.049/2004-6, fixou:

“Este Tribunal tem se manifestado no sentido de que as empresas integrantes da Administração Pública que possam prestar serviços também a particulares (caso em que se submetem a regime jurídico semelhante ao das empresas privadas, conforme disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), como é o caso da Cobra Tecnologia S/A, não podem ser beneficiadas com a dispensa de licitação prevista nos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (Acórdãos nº 496/99, 314/2001, 869/2006, 2.399/2006 e 1.705/2007, todos do Plenário).” (Acórdão nº 3219, julgamento em 01.12.2010)



A análise técnica que integra o Acórdão nº 869/2006 reproduz fundamentos comuns na Corte de Contas da União:

“26. Não bastasse a clara dicção do inciso, a correção do referido entendimento é atestada pela doutrina. Marçal Justen Filho, discorrendo sobre a matéria, assevera que as previsões dos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não se referem às entidades que desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público. Considerando que a disciplina do inciso VIII se aplica integralmente ao inciso XVI (cf. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 8ª ed. São Paulo: Dialética, 2000., p. 257), observa o doutrinador, quanto àquele dispositivo:

‘Tem-se de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a elas vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente ditas como as que dão suporte à Administração Pública).’

27. Portanto, tanto o inciso VIII quanto o XVI dão respaldo à contratação direta entre a pessoa de direito público e a entidade por ela criada, cujo objeto seja a prestação de serviços públicos (em sentido amplo), o que abrange tanto o serviço público propriamente dito como as atividades de apoio administrativo.” (Processo nº TC-002.290/2004-0, rel. Ministro Marcos Vinícios Vilaça, Pleno do TCU, julgamento em 07.06.2006)

A mencionada orientação, reiterada pelo TCU, inspirou a Orientação Normativa nº 13, de 01.04.2009, da Advocacia Geral da União, “in verbis”: “empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não integra a administração pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do at. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.”

Diante desses posicionamentos, é mister analisar os fundamentos que ensejaram referida orientação, a partir do § 1º do artigo 173 da Constituição da República. O citado dispositivo, com a redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 19/98, fixou que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que



explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Daí resulta que, as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica são pessoas jurídicas de direito privado, com seus atos submetendo-se ao direito comum, parcialmente derogado pelo direito público.

Em relação às normas de ordem pública derogatórias do direito privado, certo é que algumas destas derrogações encontram-se dispostas no próprio texto constitucional, enquanto outras estão determinadas em legislação infraconstitucional. As normas constitucionais de caráter público que incidem sobre empresas públicas e sociedades de economia mista, afastando o direito privado, atingem as paraestatais de todos os níveis da federação, inclusive no âmbito do Estado. Assim é o caso do inciso II do artigo 37 da CR que exige a realização de concurso público, do inciso XXI do artigo 37 da CR que prevê licitação prévia aos contratos administrativos e admite contratações diretas quando previsto em lei e dos §§ 1º e 3º do artigo 173 que preveem um estatuto jurídico para as exploradoras de atividade econômica e possibilidade de lei específica para licitação nessas entidades, com observância dos princípios administrativos. Quanto à vinculação das empresas públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais, municipais e distritais, em relação a esses dispositivos, que inclusive afastam a liberdade que decorreria do direito privado, cabem algumas ponderações.

Em especial no tocante às derrogações infraconstitucionais, cumpre observar que existem diplomas legislativos da União os quais não se limitam a organizar a estrutura da Administração Federal, mas que também vinculam Estados, Municípios e Distrito Federal. Este é o caso, v.g., das normas gerais editadas pela União em razão das matérias objeto de competência concorrente prevista no artigo 24 da CR, conforme se denota do § 1º do referido artigo 24 da CR. Mesmo dispositivos como o inciso XXVII do artigo 22 – relativos a licitação e contratos administrativos - evidenciam que, nestas searas, a União editará normas que obrigam todos os níveis da federação.

Embora a literalidade do artigo 22, XXVII da CR indique vinculação da Administração direta, autárquica e fundacional, com remessa das empresas públicas e sociedades de economia mista ao artigo 173, § 1º que trata da exploração de atividade econômica e, no inciso III, prevê edição de outro diploma licitatório que observe somente princípios administrativos, entende-se que,



atualmente as normas federais, de caráter público (como as veiculadas em diplomas como a Lei Federal nº 8.666/93), derrogarão o direito privado vinculante, em regra, das estaduais, distritais e municipais. Reconhece-se que não se trata de matéria pacífica, ainda estando pendente decisão pelo Pleno do STF; contudo, de uma análise sistêmica do ordenamento, tem-se adequado o entendimento segundo o qual, enquanto não editada a lei mencionada no inciso III do § 1º do artigo 173 da CR, observar-se-á o regime jurídico anterior à Emenda Constitucional nº 19/98 que obrigava empresas públicas e sociedades de economia mista, qual seja, incidência de normas gerais federais e possibilidade de edição de normas específicas pelos entes federativos. Sendo assim, enquanto não sobrevinha a lei que flexibilize a licitação para as exploradoras de atividade econômica com fulcro no inciso III do § 1º do artigo 173 da CR, as entidades estarão submetidas às normas gerais federais, como as veiculadas na Lei Federal nº 8.666/93.

A fim de elucidar tal conclusão, reitera-se que o artigo 173, § 1º, da CR trata apenas das paraestatais exploradoras de atividade econômica, não se referindo às prestadoras de serviço público. Assim sendo, por força do artigo 173, § 1º, III da CR, com a redação que lhe atribuiu a Emenda Constitucional nº 19/98, a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços dispondo sobre “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”. Conseqüentemente, sociedades de economia mista que exploram atividade econômica como a PRODEMGE poderão, quando editada lei superveniente que lhes fixe estatuto jurídico, licitar com observância dos princípios administrativos.

Também Dinorá Adelaide Musetti Grotti esclarece que o § 1º do artigo 173, cuida apenas das empresas estatais que desempenham atividade econômica, uma vez que “A palavra ‘de’, antes de prestação de serviços, indica claramente a referência a ‘atividade econômica’. Ou seja, não se trata de abranger tanto aquelas que explorem atividade econômica como as que prestem serviços públicos, mas apenas as que desenvolvam atividade econômica (‘de’ produção ou comercialização de bens ou ‘de’ prestação de serviços). Conclui a autora que o mencionado dispositivo, com a redação da EC 19, tem a vantagem de afastar definitivamente o posicionamento daqueles que entendiam que as empresas estatais que realizam atividades econômicas, à vista do disposto no art. 173, § 1º, CF, em sua anterior redação, estariam submetidas aos princípios e regras do direito privado e, conseqüentemente, dispensadas de licitação pública. (GROTTI,



Dinorá Adelaide Musetti. Licitações nas estatais em face da Emenda Constitucional n.19. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 30, p. 107-108, jan./mar. 2000)

A Emenda Constitucional n° 19/98 buscou autorizar que legislação futura reduza o trâmite licitatório das paraestatais exploradoras de atividade econômica, tendo em vista as dificuldades enfrentadas por estas entidades após a Constituição de 1988. Em sua redação originária, a CR sujeitara as empresas públicas e sociedades de economia mista ao mesmo procedimento imposto para as licitações realizadas pelos entes federativos, autarquias e fundações públicas. Empresas públicas e sociedades de economia mista, ao se submeterem às normas gerais veiculadas na Lei Federal n° 8.666, relataram dificuldade de competitividade no mercado. Daí porque, em 1998, a Emenda Constitucional n° 19 alterou o § 1° do artigo 173 da CR, viabilizando que lei superveniente assegure a observância dos ‘princípios da Administração’ ao estabelecer o procedimento licitatório das paraestatais exploradoras de atividade econômica (inciso III). O objetivo é assegurar o cumprimento das normas fundamentais do regime jurídico de direito público e, simultaneamente, afastar formalidades burocráticas não essenciais quando se trata de exploração de atividade econômica. A superveniência de lei que veicule o novo estatuto jurídico das paraestatais exploradoras de atividade econômica implicará a sua exclusão da disciplina imposta pela Lei Federal n° 8.666/93. A partir do novo diploma, tais entidades não deverão obediência às normas gerais editadas pela União, mas aos princípios que integram o regime jurídico administrativo e ao novo rito licitatório, já simplificado.

Entretanto, para que se torne viável a simplificação do referido procedimento, é necessário que lei futura estabeleça o estatuto jurídico pertinente às exploradoras de atividade econômica. Enquanto não sobrevier o referido diploma, não há se falar em adaptação do procedimento licitatório às especificidades do cotidiano da exploradora de atividade econômica, devendo a entidade obediência às normas gerais da Lei Federal n° 8.666/93.

Confira-se, a propósito, entendimento do STJ: “O Banco de Brasília, sociedade de economia mista, conforme artigo 4°, alínea “c”, do Decreto-Lei n° 200/67, é órgão da Administração Pública Indireta e, como órgão desta categoria, para adquirir bens e contratar obras e serviços de terceiros deve sujeitar-se à realização de licitação pública, conforme dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal.” (REsp n° 470.329-DF, rel. Min. Francisco Falcão, 1a Turma do STF, DJU de 15.05.2006, p. 159) O próprio Tribunal de Contas da União já assentou



que “até ser instituído o regime jurídico de que trata o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias deverão se subsumir às regras de licitação previstas na Lei nº 8.666/93”. (Processo nº 000.727/2000-2, Acórdão nº 34/2004, Plenário do TCU)

Por conseguinte, até serem editadas as novas regras, as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica permanecem submetidas ao regime anterior à Emenda Constitucional nº 19/98, que deu nova redação ao artigo 173, § 1º, III, da CR. Devem, pois, obediência às normas gerais veiculadas pela Lei Federal nº 8.666/93. Frise-se, como já advertiu o TCU, que “não se pretende que uma sociedade de economia mista prejudique o seu desempenho econômico em virtude da aplicação irrestrita de preceitos adequados a uma autarquia ou a um órgão da administração direta. Entretanto, isso não significa que os preceitos norteadores da Lei nº 8.666/93 devem ser desconsiderados”. (Processo nº 928.894/1998-3, Acórdão nº 1.445/2003, Plenário do TCU)

Não se desconhece posição jurisprudencial que afasta a observância da licitação com observância das normas gerais de Leis Federais como a nº 8.666/93, principalmente em relação à atividade fim das exploradoras de atividade econômica (como o serviço de informática da PRODEMGE). Entretanto, tem-se a primazia de entendimento em sentido contrário, o qual, pelas razões sustentadas, incide na espécie. Como aduziu o Desembargador Benito Augusto Tiezzi do TJDF:

“E acrescento que o procedimento licitatório obedece à Lei nº 8.666/93 porque, até o presente momento, não foi editada lei infraconstitucional para disciplinar a licitação para as sociedades de economia mista, em atendimento ao previsto na Emenda Constitucional nº 19, que deu nova redação ao inciso XXVII, do artigo 22 e, ainda, no art. 173, § 1º, III, da CF, que prevê a edição de nova legislação sobre licitações e contratos para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas. Assim, enquanto não for elaborada essa legislação, todas as entidades da Administração pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista de todas as esferas de governo (federal, estadual ou municipal), deverão continuar obedecendo as regras contidas na Lei 8.666/93.” (Apelação Cível nº 2004.01.1.019717-0,



Acórdão nº 214.790, rel. Des. Benito Tiezzi, 3ª Turma Cível do TJDF, julgamento em 21.03.2005, DJU de 07.06.2005)

No mesmo sentido: Acórdão 2.834/2011, rel. Min. Raimundo Carreiro, Pleno do TCU, DOU de 25.10.2011)

Também com fundamento nesses julgados, tem-se que, enquanto não editada a lei prevista no artigo 173, § 1º, III da CR, as sociedades de economia exploradoras de atividade econômica como a PRODEMGE submetem-se às normas gerais de diplomas editados pela União como as Leis nº 8.666 e 10.520.

Sendo assim, no presente momento, as normas da Lei federal nº 8.666 que normatizam as licitações e contratações diretas da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado obrigam também as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. Isso porque, conforme esclarecido à exaustão, as sociedades de economia mista estaduais como a PRODEMGE submetem-se ao regime privado, com derrogações de ordem pública estabelecidas na Constituição e nos diplomas federais que incidem em todos os níveis federativos, dentre os quais se destaca o Estatuto das Licitações, por força do raciocínio jurídico decorrente da Constituição e explicitado “in retro”.

No que tange às regras inseridas na Lei Federal nº 8.666, que obrigam o CBMMG como contratante (órgão da Administração Direta do Estado) e a PRODEMGE como contratada (sociedade de economia mista estadual exploradora de atividade econômica), é cabível analisar a sua constitucionalidade perante o próprio texto da Carta Magna. No exame da constitucionalidade, destaque-se que sociedades de economia mista que exploram atividade econômica e que atuam no mercado em princípio não podem merecer qualquer privilégio além daqueles expressamente admitidos na Constituição (art. 173, § 1º, II). A interpretação desse preceito (art. 173, § 1º, II da CR) exige duas cautelas:

a) a primeira é na sua interpretação considerar outros preceitos da própria Constituição da República, como é o caso das normas gerais da União exaradas com base no artigo 22, XXVII (que dá competência à União para legislar sobre licitação e contratos administrativos), vinculantes das exploradoras de atividade econômica (consoante já se explicitou), e o artigo 37, XXI que exige licitação antes de serem firmados os contratos administrativos mas admite ressalvas em casos especificados na legislação;

b) a segunda é o exame, em cada situação concreta, da ofensa, ou não, ao princípio que fundamenta a regra do artigo 173, § 1º da CR, qual seja, o princípio da livre concorrência.



Quanto ao primeiro aspecto, é certo que o artigo 173, § 1º, II da CR impõe às sociedades de economia mista o regime jurídico próprio das empresas privadas, donde se infere ser o regime dessas entidades, em regra, o privado. Contudo, decorre da mesma Constituição o conjunto de normas gerais federais que obrigam todos os níveis federativos no tratamento da matéria licitatória e dos contratos administrativos. Assim, da própria CR resulta a Lei nº 8.666 que em seu artigo 24, VIII prevê hipótese de dispensa de licitação mencionando, como possível contratada, qualquer entidade da Administração Indireta. E a possibilidade de contratação direta é expressamente admitida na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da CR que admite ressalva do dever de licitar na legislação de regência.

Quanto ao segundo aspecto, não é difícil perceber que o regime privado imposto pelo inciso II do § 1º do artigo 173 da CR às exploradoras de atividade econômica tem por objetivo evitar que essas empresas públicas e sociedades de economia mista tenham vantagem que desequilibre o mercado em que atuam, com comprometimento do princípio da livre concorrência. No caso ora em exame, não se vislumbra como um contrato de integração de sistemas do CBMMG poderia abalar a livre concorrência no setor de informática que, em boa parte dos casos, sequer apresenta interesse em contratações públicas, dando primazia ao setor privado.

Em situação semelhante a ora em exame, tem-se fundamentos apresentados no voto condutor de acórdão no TCU:

“Interessante notar que, muito embora apresente a Lei 8.666/93 a qualificação de ordinária, seu artigo 24 tem latitude materialmente complementar à Constituição, dando seguimento às diretrizes instituídas pelo art. 37, XXI, no tocante às ressalvas estabelecidas na legislação para a regra geral da obrigatoriedade da licitação.

(...)

Ao analisar a história das instituições financeiras Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, qualificadas como sociedade de economia mista e empresa pública, verifica-se que atuam, imemorialmente, como entidades devotadas à finalidade de dar suporte a atividades de interesse público e a programas governamentais, a par do desempenho de atividades econômicas. (...)



Não me convencem os argumentos de que as atividades exercidas por tais entidades seriam impermeáveis ao permissivo do art. 24, VIII, da Lei das Licitações e Contratos, decorrente do art. 37, XXI, da CF, em confronto com as regras de livre mercado de grau superior. Tais instituições financeiras visivelmente exercem atividades diversas, ora classificáveis como atividades econômicas, ora atividades de suporte às ações estatais.

(...)

De fato, a administração das folhas de pagamento de entes oficiais pode por eles ser licitada. (...) No entanto, essa licitação terá de obedecer a conveniência e oportunidade da Administração que deverá optar entre a realização do amplo procedimento ou a dispensa autorizada pelo art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993.

A propósito, este Tribunal, ao proferir o Acórdão 2.452/2010-Plenário, retificado pelo Acórdão 3.323/2010-Plenário, abonou a tese de ser juridicamente viável a contratação direta de instituição financeira oficial, com respaldo no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993. A referida deliberação apreciou três representações que versavam sobre a cessão onerosa, em caráter exclusivo, da folha de pagamentos da Câmara dos Deputados ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal (TC 015.580/2008-0; apensos: TC's 029.407/2007-9 e 023.911/2008-0).

Os pareceres técnicos acolhidos como fundamento do Acórdão 2.452/2010-Plenário consideraram que o objeto pode ser perfeitamente antecedido de licitação, porém reputaram esse procedimento dispensável ante o estrito preenchimento dos requisitos previstos no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

De acordo com a instrução daqueles autos, as entidades financeiras da União: integram a Administração Pública (art. 6º, XI, da Lei 8.666/1993); foram criadas anteriormente à Lei de Licitações para a prestação de serviços bancários para a administração pública federal, conforme os Decretos 1455/1905 e 66303/1970, que aprovaram, respectivamente, os Estatutos do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal; ofertaram preços compatíveis com o mercado, conforme estudo produzido pela entidade



especializada da Universidade de São Paulo, por encomenda da Câmara dos Deputados.

(...)

Em outro ponto da Consulta, bem assevera o Ministério Público não haver, no contexto da realidade vigente, vilipêndio ao regime concorrencial previsto no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal pela contratação direta, com fundamento no artigo 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993, de instituições financeiras oficiais exploradoras da atividade econômica para a folha de pagamento do funcionalismo público federal e outros serviços similares.” (Processo nº 033.466/2013-0, Acórdão nº 1940-31, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Pleno do TCU, julgamento em 05.08.2015)

No caso ora em exame, é certo que a PRODEMGE foi instituída antes da Lei nº 8.666/93 para processar dados em favor de órgãos da Administração direta e entidade das Administração indireta do Estado, prestando assistência técnica às estruturas públicas em geral. A sua atuação que ocorre nesses termos desde 1972 nenhum abalo provocou na concorrência significativa do setor de tecnologia de dados e de informática, sendo certo que um contrato de interligação entre sistemas de órgãos estaduais não coloca em risco o setor privado, nem compromete a livre concorrência protegida constitucionalmente.

Pedindo redobradas vênias em face dos posicionamentos contrários, entende-se que o artigo 24, VIII da Lei Federal nº 8.666/93 permite ao CBMMG dispensar licitação e contratar diretamente a PRODEMGE para interligar o Sistema Integrado de Gestão de Saúde (SIGS/PMMG) e o Sistema Integrado de Gestão de Pessoas (SIGP/CBMMG), com respeito às exigências legais e requisitos procedimentais, nos termos em que será fixado a seguir.

2.2) Contratação direta de órgãos ou entidades administrativas para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público (artigo 24, XVI da Lei Federal nº 8.666/93)

Analisando o artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, tem-se que a Lei nº Federal 8.883 acrescentou o inciso XIV e consagrou dispensa de licitação para contratação direta de pessoas integrantes da Administração (seja direta ou indireta) no âmbito da prestação de serviços de informática. Não há dúvida que o



que inspirou o referido dispositivo foi a proximidade e estreiteza convenientes na relação entre uma entidade que presta serviços de informática e tecnologia e o órgão público que necessita dessa atividade.

No expediente ora em exame, em relação à interligação entre sistemas pretendida, o contratante será o Estado, pessoa jurídica de direito público interno, por meio do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG), órgão da Administração direta. A contratada será a PRODEMGE, sociedade de economia mista que integra a Administração indireta do Estado, consoante fundamentação aviada no item 2.1., “in retro”.

Em especial neste caso, em que serão integrados sistemas com informações relativas à saúde do quadro de pessoal do CBMMG (aspectos protegidos constitucionalmente pelo direito à privacidade), assume importância maior a segurança e o sigilo no desenvolvimento da tecnologia. Embora não haja proibição de que a Administração contrate empresas particulares, a legislação entendeu por bem permitir nessas situações o juízo discricionário do Poder Público que, alternativamente, pode optar pela licitação, conforme a modalidade que se mostrar cabível, ou pela contratação direta, por dispensa fundada no artigo 24, XVI da Lei Federal nº 8.666. Afinal, o Estado poderá contratar diretamente sem licitar, ou seja, o certame é dispensável e não dispensado.

Tanto na hipótese do inciso XVI, como na do inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, o CBMMG deverá, em cada caso concreto, avaliar se há inconveniência em licitar em face das alternativas existentes no mercado. Se a PRODEMGE afigurar-se como a melhor forma de atender as peculiaridades da interligação do sistema da PMMG com o sistema do Corpo de Bombeiros, o juízo técnico de conveniência será exarado positivamente quanto à contratação direta do serviço de informática junto à PRODEMGE. Insiste-se na natureza discricionária dessa competência a ser exercida pela autoridade ou órgão competente dos Bombeiros, com posterior redução à escrito mediante a indispensável motivação.

Reitera-se também a advertência de que a análise abstrata das hipóteses de contratação direta aqui realizada não substitui o exame, em cada caso concreto, da presença, ou não dos requisitos legais autorizadores, ou não, da contratação direta, sendo necessário avaliar as diversas peculiaridades de que pode se revestir a realidade administrativa. Somente diante de uma circunstância específica evidenciada documentalmente é possível fazer o juízo sobre a pertinência, ou não, da dispensa de licitação.



É indispensável o cumprimento das exigências procedimentais inerentes às contratações diretas, destacando-se o artigo 26 da Lei nº 8.666/93 que em seu parágrafo único exige que o processo de dispensa seja instruído com a razão da escolha do fornecedor e a justificativa do preço (incisos II e III). Ademais, nas etapas iniciais, a atividade administrativa será idêntica quando a futura contratação é antecedida de licitação. A esse propósito, tem-se valioso estudo doutrinário publicado em Revista da AGU (SILVEIRA, Angélica Moreira Dresh da. A função consultiva da advocacia geral da união na prevenção da corrupção nas licitações e contratações públicas. Revista da AGU. Brasília, ano VIII, n. 20, abr/jun 2009, p. 79-117)

Destacam-se as específicas advertências de Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti a propósito da economicidade que se impõe aos preços também nas contratações diretas, visto que envolvem aplicação de recursos originados de receitas tributárias recolhidas ao erário pelos cidadãos:

“Realizada de forma ampla e idônea, possibilita à Administração estimar o valor do objeto a ser contratado, além de definir os recursos orçamentários suficientes para a cobertura das despesas contratuais e servir de parâmetro objetivo para afastar, pela desclassificação, ofertas desconformes ou incompatíveis, o que igualmente homenageia o princípio da eficiência, tanto como expressão da relação custo-benefício (eficiência em sentido estrito), quanto da aptidão para produzir os resultados planejados (eficácia).

Sumariou o Tribunal de Contas da União que ‘É necessário realizar pesquisa de preço de maneira mais ampla possível de modo a verificar a compatibilidade das propostas apresentadas com os preços de mercado’ (Acórdão nº 1620/2010 – Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, Processo nº 023.093/2008-6).” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marinês Restelatto. Da responsabilidade de agentes públicos e privados nos processos administrativos de licitação e contratação. São Paulo: NDJ, 2012, p. 83)

Tal como no presente caso, a Nota Jurídica nº 3.636, de 23.08.2013, exarada pelo Procurador do Estado Érico Andrade, assentou a viabilidade de contratação por órgão da Administração direta estadual (naquele caso a SEDS) da



PRODEMGE, com base em dispensa de licitação fundada no artigo 24, incisos VIII e XVI da Lei Federal nº 8.666/93. Também se destacou que “a contratação direta por dispensa de licitação exige respeito às ‘formalidades legais, a finalidade e sendo o preço contratado compatível com aquele praticado no mercado’, devendo, ainda, ser devidamente formalizada ‘a motivação da dispensa, conforme reza o art. 26 e parágrafo único da Lei federal nº 8.666/93’.” Não foi em outro sentido a conclusão aviada na Nota Jurídica nº 1.056, de 31.01.2006, pela Procuradora do Estado Maria Cecília de Almeida Castro, ao admitir a dispensa de licitação para contratação da PRODEMGE quanto a serviços de estruturação tecnológica, nos termos do artigo 24, VIII e XIV da Lei Federal nº 8.666.

Na Nota Jurídica nº 1120, de 03.04.2006, o Procurador do Estado Alessandro Henrique Castelo Branco opinou pelo cabimento da dispensa de licitação com base no artigo 24, VIII da Lei Federal nº 8.666, desde que presentes todos os requisitos legais, com destaque ao artigo 26 do Estatuto das Licitações, bem como ao artigo 16, I e II da Lei Complementar Federal nº 101/2000.

O Parecer ASJUR/SEDE nº 041/2011 considerou perfeitamente possível contratar a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais (PRODEMGE) com base no artigo 24, XVI, para executar os serviços de tecnologia da informação no âmbito estadual, tendo o então Procurador Chefe da consultoria jurídica, Sérgio Pessoa de Paula Castro, aquiescido com referida conclusão. A Nota Jurídica nº 420, de 07.06.2004, igualmente admitiu dispensa de licitação com base no inciso XVI do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93, com lúcida advertência:

“Se a hipótese de dispensa em cotejo almeja obviar o absurdo, a saber, que a Administração vá ao mercado à busca de bem ou serviço passível de ser prestado por entidade por ela criada para essa finalidade, resta claro que ao fazê-lo, o administrador não pode onerar a Administração, levando-a a contratar em desconformidade com o preço de mercado.”

A necessidade de haver justificativa de preço e que o mesmo atenda à economicidade decorre da própria Constituição e do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93, a que e refere, de modo expresso, o artigo 1º, § 1º do Decreto Estadual nº 43.817, de 14.06.2004:

“Art. 1º - A responsabilidade pela formalização dos processos de dispensa, de inexigibilidade e de retardamento das



licitações das Secretarias de Estado, dos órgãos autônomos, das autarquias e fundações do Poder Executivo compete aos respectivos órgãos e entidades mencionados.

§ 1º Os processos a que se refere o caput devem obedecer ao art. 26 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Conclusão

Pelas razões expostas, opina-se:

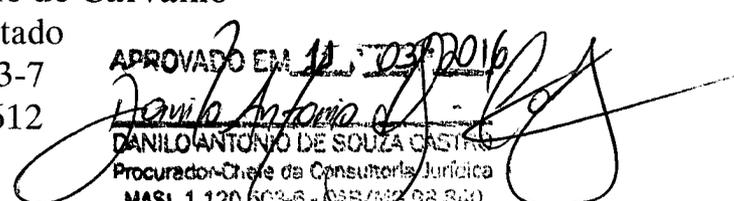
- apenas se admite inexigibilidade de licitação para o Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais (CBMMG) contratar a Companhia de Tecnologia da Informação do Estado de Minas Gerais (PRODEMGE) com o objetivo de interligar o Sistema Integrado de Gestão de Pessoas (SIGP/CBMMG) e o Sistema Integrado de Gestão de Saúde (SIGS/PMMG) se evidenciada, no caso concreto, fundamentadamente, a singularidade objetiva da atividade informática de que o órgão necessita e a singularidade subjetiva da sociedade de economia mista estadual;
- os incisos VIII e XVI do artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/93 permitem ao CBMMG dispensar licitação e contratar diretamente a PRODEMGE para interligar o Sistema Integrado de Gestão de Saúde (SIGS/PMMG) e o Sistema Integrado de Gestão de Pessoas (SIGP/CBMMG), com respeito às exigências legais e aos requisitos procedimentais dispostos no ordenamento em vigor.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 10 de março de 2016.


Raquel Melo Urbano de Carvalho
Procuradora do Estado
MASP 598.213-7
OAB/MG 63.612

APROVADO EM 11/03/2016


DANILO ANTONIO DE SOUZA CASTRO
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica
MASP 1.120.603-6 - OAB/MG 92.340


Onofre Alves Batista Júnior
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO
10/03/2016