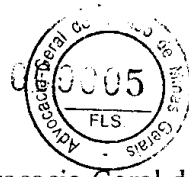




GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



Procedência: Consultoria Jurídica da Advocacia-Geral do Estado

Interessado: EMATER-MG

Parecer nº 14.348

Data: 13 de julho de 2004

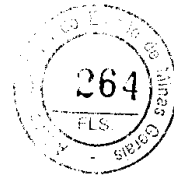
Ementa:

Amo
12.VII.2004
Jose Bonifacio Borges de Andrada
Jose Bonifácio Borges de Andrada
Advogado-Geral do Estado

LICITAÇÃO – DISPENSA – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO INTERNO – ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA – NATUREZA JURÍDICA – CÓD. CIVIL, ARTIGO 41, V – LEI Nº 8.666/93, ARTIGO 24, VIII.

RELATÓRIO

Questão surgida em audiência pública perante o Ministério Público do Trabalho em Minas Gerais suscita promoção do i. Procurador do Estado, o Dr. Sérgio Pessoa de Paula Castro sobre a oportunidade de ser proferido parecer, normativo ou não, acerca da dispensa de licitação quando entidades de direito público virem-se na contingência de contratar com outra entidade integrante da administração pública, direta ou indireta, na forma da Lei nº 8.666/93, art. 24, VIII, diretamente, sem licitação.



A matéria já mereceu nosso exame em o Parecer n° 10.585, adotado em caráter normativo pelo Senhor Governador do Estado, e o Parecer n° 14.237. Por tais documentos, as pessoas jurídicas de direito público estão dispensadas de licitar ao contratarem serviços e obras com a MGS, empresa do Governo do Estado, se tais contratações envolverem o objeto do contrato social da MGS. Demais, examina-se a natureza jurídica das entidades integrantes da administração pública indireta, especialmente a COPASA, à luz do Cód. Civil de 2002, art. 41, V, para o qual todas as entidades de caráter público criadas por lei, além das autarquias, são pessoas jurídicas de direito público interno, ao lado da União, Estados e Municípios, observadas características como o objeto social e o controle administrativo da entidade.

PARECER

- 1) O Código Civil de 2002 no art. 41, V, inovou ao acrescentar entre as pessoas jurídicas de direito público interno “as demais entidades de caráter público criadas por lei”.

“Art.41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I – a União;

II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III – os Municípios;

IV – as autarquias;

V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.”

- 2) Dentre as entidades da administração pública indireta, exclusivamente as autarquias são criadas por lei (art. 37, XIX, CF/88). E no mesmo art. 41, IV, o legislador já havia



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



citado as autarquias como pessoa jurídica de direito público interno.

“Art. 37 - omissis

...

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”

O que significa então a redação do inciso V? Excetuando as autarquias, quais seriam as demais entidades criadas por lei?

Esse dispositivo constitucional é claro ao dispor que somente as autarquias são criadas por lei. As demais entidades da administração indireta (fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista) dependem de lei autorizativa para serem constituídas, logo não são “criadas” pela lei.

Exposto que só as autarquias são criadas por lei, quais seriam as possíveis entidades passíveis de adquirir uma personalidade de direito público interno segundo o inciso V, do art. 41?

3) Há muito se sabe que compõem a administração indireta no Brasil as autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Todas essas entidades dispunham, no antigo regime, natureza jurídica segundo o Cód. Civil em vigor. As autarquias gozavam de personalidade jurídica de direito público, as fundações poderiam ser públicas ou privadas, sendo que para a maioria da doutrina, mesmo aquelas constituídas mediante lei autorizativa, eram de direito privado porque o Código Civil de 1916 assim dispunha em seu art. 16, I. As empresas públicas e as sociedades de economia mista sempre tiveram personalidade jurídica de direito privado.



Com a ressalva porém que, embora estes últimos três tipos de entidades fossem pessoas jurídicas de direito privado, e pelo direito civil se regiam, é mister lembrar que o regime jurídico de tais entidades é um regime pigmentado. Em certos pontos apresentam características da livre iniciativa, privada, enquanto em outros são balizados pelos princípios do direito público, haja vista o princípio da legalidade ao redor do qual gravitam.

4) Não obstante as atividades que cada uma daquelas entidades exerce, é de suma importância identificar o aspecto comum que tem a força de agrupá-las sob a mesma categoria: entidades da administração indireta.

Todas possuem autonomia administrativa, operacional e financeira. Neste ponto reside uma das principais faculdades atribuídas pela personalidade jurídica, dado a capacidade de atuação que detêm aquelas entidades.

Outra característica que as assemelha é a vinculação aos Ministérios -ou Secretarias de Estado- competentes na área em qual cada entidade atua. Aqueles órgãos executam limitado e contido controle e fiscalização sobre as entidades. Sobretudo, há o patrimônio próprio que toca a cada uma, e sobre o qual operam com exclusividade.

5) Percebe-se então a similitude que circunda tais entidades: a procedência legal, já que uma é criada por lei, e as outras autorizadas. O caráter público presente nas entidades – seja advindo da atividade que exercem (serviço de interesse social e coletivo), seja pela presença marcante do Estado em sua atividade, ora atuando como criador, autorizador, norteador ou fiscalizador. E pela autonomia que desfrutam, tanto pelo patrimônio próprio como pela capacidade gerencial.

6) Para além da norma dada, a investir as entidades da administração indireta quais pessoas jurídicas de direito público



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



interno -característica que originariamente apenas a União detém- será fundamental perquirir das características de cada qual dessas entidades para só então lhes afirmar, categoricamente, a natureza.

7) Assim, o objeto social de cada uma, o controle de suas atividades e da sua administração, o interesse social que delas promana e delas se espera, tudo isso há de ser cumpridamente analisado antes de se lhes decretar a natureza, certo como seria arriscado ficar apenas com a definição do Código, genérica demais, para ditar-lhes, de todo em todo, a natureza jurídica.

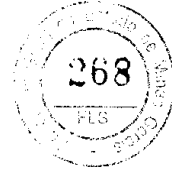
Desaconselhável, portanto, um parecer abrangente, adotado por norma da administração, porque cada entidade é que deverá verificar sua adequação a tal ou qual natureza.

8) Dada essa exposição, cremos ter sido o intuito do legislador, com o advento do art. 41, V, atribuir a tais entidades a personalidade jurídica de direito público interno.

E ainda se pela CF/88, art. 173, §1º, III, as empresas públicas e as sociedades de economia mista submetem-se ao processo licitatório, à lei de ação popular, etc., constata-se, ainda que de forma pouco técnica e mesmo vulgar, que tais entidades possuem desde sempre o caráter público que o novo Código lhes vem agora proclamar, verificadas sempre aquelas características quanto ao objeto e o controle sociais.

9) Diante então dessa nova regulamentação, e do questionamento acerca da dispensa de licitação, vê-se que segundo o art. 24, VIII, da Lei nº 8666/93 é dispensável a licitação:

“VIII- para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgãos 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;”

Logo, as pessoas jurídicas de direito público interno estão dispensadas de licitar ao contratarem a MGS, sobretudo se a contratante celebra o contrato para tomar a execução de suas atividades-meio, mas desde que tais atividades façam parte do escopo para o qual foi instituída a contratada (MGS). O que importa para a dispensa é a finalidade com vista na qual foi criada a contratada, não a atividade almejada pela outra parte.

Todavia, é de inquestionável importância salientar que tal dispensa só é possível se o preço contratado for compatível com o praticado no mercado. Esta é a exigência que a lei impõe para aqueles que se propõem contratar diretamente, sem o devido processo licitatório. Sem esquecer também do art. 26 da Lei 8666/93, que os casos de dispensa devem ser justificados e posteriormente ratificados pela autoridade superior.

A dispensa não é deixada ao alvedrio das partes ou ao puro arbítrio do administrador, devendo-se guiar, mesmo dentro do amplo limite da discricionariedade, pelos elementos da Lei de Licitações, art. 24, VIII c/c art. 26, pena de, não observados, tornar-se irregular a dispensa e ilegal a contratação, com a responsabilização dos agentes.

CONCLUSÃO

Regra geral a licitação é um procedimento obrigatório a ser tomado pelas entidades da administração pública, direta e indireta, ao contratarem, exceção feita àquelas consideradas de direito público interno quando negociam com outra entidade da Administração Pública, direta ou indireta, criada para o fim do contrato em vista.



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



As entidades da administração pública indireta, uma vez caracterizadas sendo pessoas jurídicas de direito público, ao contratarem a MGS, estarão, se assim entenderem conveniente, dispensadas do procedimento licitatório, desde que o objeto esteja contido no contrato social da contrada, observados os rigores da Lei nº 8.666/93, art. 26.

É, sob censura, o Parecer.

Belo Horizonte, 18 de junho de 2004.

Antonio Olimpio Nogueira
Antonio Olimpio Nogueira,
Procurador do Estado
OAB/MG 40.724
MASP 355.696/6.

APROVADO. Em 9/7/04.
Mariane Ribeiro
Mariane Ribeiro Bueno Freire
Consultor-Jurídico Chefe
MASP 363.167-8 - OAB/MG 56566