

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

Contratação direta: dispensa de licitação com base no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93

JORGE ULISSES J. FERNANDES

SUMÁRIO

1. Noções. 2. Requisitos. 2.1. Que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno. 2.2. Que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública. 2.3. Que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela administração contratante. 2.4. Que a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93. 2.5. Que o preço seja compatível com o praticado no mercado. 3. Sobre a constitucionalidade do inciso. 4. Conclusão.

Entre os vários dispositivos da Lei nº 8.666/93 que autorizam a contratação direta, sem licitação, um tem merecido especial atenção por parte do controle da Administração Pública, especialmente pelo seu elevado componente político, no sentido científico do termo.

Efetivamente, nenhum outro dispositivo da Lei nº 8.666/93, que regula o tema licitações e contratos na Administração Pública, na sua operacionalização prática, se põe em plena sintonia com a necessidade da sociedade rever a estrutura administrativa da Administração, ao mesmo tempo em que expõe as constrangedoras situações decorrentes de modelos ultrapassados da intervenção do Estado na economia, nem permite, com segurança, definir os contornos do princípio da descentralização administrativa.

Estabelece o art. 24 do precitado diploma legal que é dispensável a licitação:

“VIII - para a aquisição, por pessoas jurídicas de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que a Administração Pública e que tenha sido criado para

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, instrutor do Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, onde ministra a disciplina Análise de Licitações e Contratos, e do Centro Brasileiro para Formação Política. É professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da UDF.

esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

1. Noções

Esse é um dos dispositivos que teve maior alteração de redação, em busca de adequado equilíbrio entre o interesse público e a estrutura da Administração.

Sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300 era permitida a contratação direta quando a operação envolvesse *concessionário de serviço público* e o objeto do contrato fosse pertinente ao da concessão e, também, quando envolvesse pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, excetuando-se se houvesse empresas privadas que pudessem prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, quando, então, seria obrigatória a licitação (art. 22, incisos VII e X).

Já a redação original da Lei nº 8.666/93 estabelecia o seguinte:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

.....
VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipóteses em que ficarão sujeitas à licitação;”

Criava-se, assim, um tipo diferenciado de dispensa de licitação que, na verdade, tratava-se de *inexigibilidade*, pois seria *inviável* a competição.

O atual delineamento legal, como dito, alterou a fisionomia da dispensa, preservando da salutar concorrência órgãos da Administração, exigindo apenas a *compatibilidade de preços* com os praticados no mercado.

A justificativa jurídica para essa dispensa repousa no fato de que a descentralização das atividades não poderia obrigar a licitação. Assim, se o Estado possui um órgão na sua estrutura que realiza um serviço, ao conceder-lhe autonomia e personalidade, continuaria podendo contratar, diretamente, sob pena de inviabilizar a própria descentralização.

O assunto, contudo, não é pacífico, e o Doutor Toshio Mukai, um dos mais expressivos expoentes sobre o tema (*Boletim de Licitações e Contratos*, nº 9/94, pp. 417/8), sustenta que a alteração da redação do inciso, promovi-

da pela Lei nº 8.883/94, conquanto omissa sobre a questão da possibilidade de competição com a iniciativa privada, merece maior reflexão. Lembrando que o texto do Decreto-Lei nº 200/67 “contemplava como uma das hipóteses de dispensa de licitação entre órgãos e entidades públicas (art. 126, § 2º, letra f)” traz à colação o seguinte caso:

“Com base nessa disposição, reproduzida no texto da Lei paulista nº 89/72, o Sr. Governador do Estado de São Paulo dispensou de licitação a Petrobrás para instalar postos de gasolina (com os complementos de praxe) ao longo da Rodovia Castello Branco. Diversas empresas (*Shell, Esso etc.*) ingressaram com mandado de segurança reivindicando a necessidade de licitação. A resposta do Judiciário veio no RE nº 87.347, 1ª T. 4.3.80, Rel. o Min. Xavier de Albuquerque: “Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobrás, para instalar postos de gasolina e de socorro mecânico em estrada estadual. Essa atividade não se inclui no monopólio ou exclusividade de serviço, não se caracterizando a hipótese do art. 126, § 2º, letra f, do Decreto-Lei nº 200/67” (*Vox Legis*, v. 137, pp. 20 e ss., maio/1980).”

No corpo do referido acórdão, o Ministro-Relator deixou consignado o seguinte:

“O advérbio ‘exclusivamente’, utilizado pelo art. 24, nº VII, da atual Lei nº 89, que copiava o art. 126, § 2º, letra f, do Decreto-Lei nº 200/67, tem o significado de que a operação haverá de ser feita entre o Estado e outra pessoa jurídica de direito público interno, ou entidade sujeita ao seu controle majoritário, em caráter exclusivo, isto é, sem a possibilidade de fazer a mesma operação, indiferentemente, com pessoas jurídicas de direito público interno, ou com entidades sujeitas ao seu controle majoritário, e também com particulares, não haveria serviço público e teria de vigorar não a exceção, mas a regra geral, que exige a licitação.”

Para melhor compreensão é o seguinte o texto do Decreto-Lei nº 200/67, que copiada para aquela legislação estadual gerou a manifestação precitada do Pretório Excelso:

“Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observân-

cia do princípio da licitação.

§ 1º ...

§ 2º É dispensável a licitação:

f) quando a operação envolver concessionário de serviço público ou, exclusivamente, pessoas de direito público interno ou entidades sujeitas ao seu controle majoritário;”

Do confronto entre a atual redação do inc. VII do art. 24, e tendo subjacente o acórdão em tela, verifica-se que o atual normativo ainda carece de aperfeiçoamento, vez que não foi alcançado o exato equilíbrio entre os princípios da descentralização das atividades estatais, onde seria possível a contratação direta, e o da licitação e da livre iniciativa.

2. Requisitos

Para que se opere legitimamente a contratação direta é necessário:

a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;

b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;

c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante;

d) que a criação do órgão ou entidade contratada tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93;

e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado. Cabe, agora, analisar cada um dos requisitos, para adequada compreensão do tema.

2.1. *Que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno*

Pessoa jurídica de direito público interno é uma expressão jurídica que abrange determinados tipos de pessoas com regime jurídico próprio e peculiar, onde conservam prerrogativas próprias do poder de *imperii*. 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 CF/88, 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 ju-

rídica de sua personalidade, mas muito bem situada sob adequada e integral jurisdição do controle.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Adin nº 926/93 (publicado no DJU de 6.5.94) 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 dessa possibilidade de dispensa.

2.2. *Que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública*

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”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 18ª ed., 1993, p. 63 e nota 20 do rodapé). 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 institucio-

nais. 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" (grifos não são do original — *ob. cit.*, pp. 64/65).

Sobre entidades é possível defini-las, seguindo corrente já firmada, como centros de competência específica, providas de personalidade jurídica de direito público ou privado e criados por lei, para o desempenho de funções descentralizadas (*Estudos para uma lei orgânica da Administração Federal*, Brasília: IPEA, Luiz Zaidman e Lincoln T.M.P. da Luz, p. 107).

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, exsurgindo 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, o mesmo podendo ser afirmado em relação aos serviços, quando está na condição de prestador.

Para a dispensa de licitação por parte do contratado, na sua área de atuação deve ser observado o disposto no art. 17, inciso II, alíneas e e f.

Mais uma vez renova-se aqui a noção básica elementar de que as entidades da Administração podem ocupar qualquer dos pólos 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 se dá o trespasse contratual dos serviços públicos para o particular, permanecendo o poder público com a titularidade do mesmo 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 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*, não mais lhe é permitido contratar como ente integrante da Administração Pública. É particular, para fins de contratar seus serviços ou fornecimentos.

Pontuando a diferença de tratamento entre o Decreto-Lei nº 2.300/86 e a Lei nº 8.666/93, a Secretaria do Tesouro Nacional deixou assentado que "foi suprimido do Estatuto das Licitações o dispositivo que previa a dispensa de licitação para concessionários de serviço público". Quanto ao art. 24, inc. VIII, da nova Lei, dispõe sobre operações entre órgãos e entidades públicas, excluindo a hipótese das concessionárias (Mensagem CONED/STN nº 402268, de 24.2.94, interessado DRTN/RJ).

2.3. *Que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante*

O outro requisito inafastável da 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 Adminis-

tração 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, como finalidade institucional; a realização de concursos por órgãos integrantes da Administração Pública, encarregados dessa tarefa.

Questão relevante diz respeito ao fato da alteração dos atos constitutivos do órgão para neles fazer inserir a realização de um objeto pretendido pela Administração, como ocorreria com a alteração de uma lei que criou o Departamento de Imprensa, para inserir entre as suas finalidades a impressão de volantes de loteria. Essa alteração ensejaria o enquadramento da contratação desse novo objeto de forma direta, sem licitação?

A literalidade do dispositivo em comento afastaria essa possibilidade da Administração contratar a impressão de cartelas de loteria, diretamente. Contudo tal exegese pode conduzir ao rigor de que hoje a maior parte dos órgãos já tiveram seu universo de atividades bastante expandido, e, em várias hipóteses a Administração já vem efetuando a contratação com dispensa de licitação. Num contexto mais amplo, seria admissível acolher essa expansão do objeto, desde que também nesse caso fosse atendido o requisito temporal inscrito no dispositivo pela Lei nº 8.883/94, ou seja, que a alteração da atividade do órgão tivesse ocorrida antes da vigência da Lei nº 8.666/93.

Com essa possibilidade ficaria resguardado o ordenamento jurídico sem necessidade de grandes pesquisas sobre a finalidade inicial, que ensejou a criação do órgão, ao tempo que se evitaria o absurdo de permitir a contratação direta de um órgão que foi criado bem posteriormente, sem contudo admitir-se igual tratamento para outro que, mesmo criado anteriormente, teve seu ramo de atividade expandido, arditosamente, após o advento da Lei nº 8.666/93.

Merece reflexão o fato de um órgão possuir a finalidade genérica de prestar serviços numa determinada área, sem haver referência a execução dos mesmos para a Administração Pública. Nesse caso, por não ficar caracterizada a "finalidade específica", deverá ser procedida a licitação.

Efetivamente, não há amparo legal para a Administração Pública ficar contratando diretamente qualquer órgão da Administração. Quis o legislador colocar em destaque que na cria-

ção do órgão o que deve ficar em evidência é a *finalidade específica*, não podendo agora o intérprete ignorar a dimensão dessa expressão. Afinal, presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; "devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva". (Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed., p. 110).

Se o exercício da atividade mercantil pautar-se pelo princípio da livre-concorrência tendo o Estado igualado-se à iniciativa privada para a execução de um serviço ou o fornecimento de bens não poderá pretender afastar a disputa no momento em que tiver que promover a contratação de seu interesse, sob pena de violar um dos princípios fundamentais da República (ver arts. 170, inc. IV, 173, § 1º, da CF/88).

Afinal, lembrando De Ferrara, se o Estado abandona o seu pedestal para entrar em coordenação com os súditos, deve pautar-se pelas normas a ele aplicáveis. O dispositivo só resguarda o fato da descentralização: a pessoa jurídica criada pelo Estado para criar 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, CF" (extraído do *Boletim de Licitações e Contratos* nº 11/94, p. 536, em comentário ao inc. XVI, do art. 24).

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 nesse inciso VIII do art. 24, em comento.

Seria o caso do órgão público pretender adquirir combustível diretamente da Petrobrás, empresa pública que se insere na mesma dimen-

são das atividades prestadas por outras distribuidoras e não tem a finalidade específica de distribuir combustíveis a órgãos públicos (a jurisprudência é pacífica a respeito, mas merece ser citado o parecer da Secretaria do Tesouro Nacional/ CONED nº 89 de 28.3.94).

Por outro lado, se o serviço, ou a produção, estiver sendo realizada em caráter de monopólio, o enquadramento legal da contratação direta estaria nos incisos I e II, do art. 24, ou mesmo no *caput* do art. 25, face à inviabilidade de competição, mas deveria ocorrer nos estritos termos do monopólio. Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio – que, a propósito, só pode ser exercida se houver previsão constitucional, porque restringe o ingresso de particulares no desenvolvimento da atividade econômica, afetando o princípio da livre iniciativa – tendem a expandir o seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso dos Correios confeccionarem envelopes, de uma empresa de saneamento se dedicar a construção e reparos em esgotos internos de residências, e de uma empresa de fornecimento de água realizar construção de reservatórios de água e encanamento interno em propriedades privadas, ou conservação de piscinas etc.

Nesse aspecto, para avaliar a possibilidade da contratação direta voltam-se aos parâmetros definidos anteriormente: se na criação dos órgãos a prestação dos serviços ou a produção dos bens, mesmo fora do âmbito do monopólio, *para o poder público*, constitui finalidade específica da entidade criada, não há óbice a sua contratação direta com supedâneo nesse inciso VIII.

Ao ensejo, cabe lembrar que concessionária exercendo, a atividade em nome próprio não pode ser beneficiária do dispositivo porque não é órgão integrante da Administração Pública.

2.4. Que a criação do órgão ou entidade contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.883, quando alterou a Lei nº 8.666/93, fez inscrever esse limite temporal como condição *sine qua nom* para a contratação direta.

Superiores interesses de conter a expansão estatal, notadamente no momento em que se discute o seu verdadeiro papel, levaram o legislador a limitar a contratação direta aos órgãos e entidades criados anteriormente à sua vigência.

Não fica com isso a Administração vedada

a criar outros órgãos, após o advento da Lei nº 8.666/93, mas tão-somente de contratar diretamente, isto é, sem o adequado processo licitatório, seus serviços ou produtos que produzir.

Releva notar, além do que foi discutido no tópico anterior sobre alteração das finalidades do órgão ou entidade, que o legislador não guardou simetria ao promover tal restrição, pois, logo adiante, no inciso XVI, permitiu que a criação do órgão se efetivasse a qualquer tempo, para os serviços ali descritos. Embora de natureza mais restritiva em relação ao objeto a ser contratado, é fato que ficou amplamente admitida a possibilidade da contratação direta, naquele dispositivo.

Importante registro deve ser feito em relação à data-limite da criação do órgão ou entidade, para que possa se efetivar a dispensa de licitação: embora a restrição temporal tenha seus efeitos iniciados em 8 de junho de 1994, com a Lei nº 8.883, o limite a ser considerado é o da vigência da Lei nº 8.666/93. Assim os órgãos ou entidades criados entre 22 de junho de 1993 e 8 de junho de 1994 não podem ser beneficiários dessa dispensa de licitação, pois conquanto a restrição só tenha sido erigida a partir da última data, atualmente é indeclinável que o limite temporal foi fixado com a retroação à vigência da Lei nº 8.666/93.

2.5. Que o preço seja compatível com o praticado no mercado

Esse requisito é enfatizado no inciso em comento, apesar de igual obrigação ter sido imposta genericamente no art. 26, inciso III.

Na fase da licitação, quando essa é necessária, a Comissão deve declarar a compatibilidade dos preços ofertados com os praticados no mercado como expressamente dispõe o art. 43, inciso IV. Já, nos casos de dispensa e inexigibilidade, o art. 25, § 2º, dispõe expressamente que, se comprovado o superfaturamento, responderão solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou prestador do serviço e o *agente público responsável*, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Mesmo no caso deste 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 despicando que seja o mais vantajoso, ou o menor: há de ser compatível, razoável, tão-somente.

Poderiam os menos avisados sustentar que nesta hipótese não há dano à Fazenda Pública, 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, posto que chancela com o desvio de finalidade o carreamento dos recursos públicos, maculando com a eiva de ilegalidade a sua prática.

Questão que impõe certa reflexão foi formulada no I Seminário de Direito Administrativo, promovido pela Editora Novas Dimensões Jurídicas – NDJ, na cidade do Recife, em novembro de 1994, consistindo na exposição do seguinte fato: um determinado Município decidiu constituir uma empresa pública para construir e reformar prédios públicos. Se uma determinada Secretaria contratar essa empresa necessitaria fazer pesquisa de mercado para verificar os preços, ou como a empresa pública contratada promove a licitação, seria dispensável que a Secretaria contratante avaliasse o preço de mercado? A resposta foi no sentido de que compete ao órgão contratante verificar a compatibilidade de preços. Não raros são os casos em que a intermediação, supervisão ou fiscalização promovidas por um órgão público acabam por onerar a Administração Pública, carreando, por via oblíqua, recursos públicos para uma “empresa” do organismo estatal, onerando o contribuinte com o acréscimo de preços. Mais tarde essas empresas sob o pretexto de serem superavitárias fomentam a multiplicação de uma privilegiada política de recursos humanos, colocando em proveito de poucos o que foi obtido de muitos, pela via compulsória do imposto.

3. Sobre a constitucionalidade do inciso

Encontram-se referências sobre a inconstitucionalidade do dispositivo por ferir o princípio da isonomia, vez que exclui órgãos da Administração, criados posteriormente sem justificativa plausível ou lógica. Também seria inconstitucional o inciso porque interfere na pos-

sibilidade de auto-organização das Administrações estaduais e municipais.

Em princípio, parecem improcedentes tais argumentos, vez que há uma justificativa de natureza política a fundamentar a exclusão da possibilidade de contratação direta dos órgãos criados posteriormente à promulgação da lei: evitar a continuidade da expansão do aparelho estatal e garantir que as novas pessoas jurídicas criadas e vinculadas ao Estado ficassem restritas ao atendimento dos requisitos do art. 173 da Constituição Federal, quais sejam o exercício de atividade econômica por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Efetivamente, não pode o poder público continuar, por intermédio de criação de empresas que se estabelecem como verdadeiras reservas de mercado, acabar por obstruir a livre concorrência que é um dos princípios fundamentais da República (v. arts. 1º, inc. IV, e 170, inc. IV, da Constituição Federal).

Por outro lado, a União Federal, no inciso em comento, não impediu a criação de empresas estatais por parte de Estados e Municípios, mas, apenas no âmbito da competência constitucional privativa – v. art. 22, inc. XXVII – como norma geral, vedou que tais entidades fossem apaniguadas com a possibilidade de contratação direta, sem licitação. Poderão, as que forem criadas após a Lei nº 8.666/93 ser contratadas, desde que sejam vencedoras do certame licitatório.

4 Conclusão

As restrições legais impostas à contratação direta sem licitação, conquanto obviem a continuidade de empresas e organizações formadas para gravitar ao redor do Estado, na verdade constituíram sensível avanço em relação à legislação anterior, na medida em que estampou a necessidade de a descentralização da Administração Pública ser efetivada de modo vantajoso para o próprio Estado, pela apreciação da compatibilidade de preços. É o corolário do princípio da eficácia e da eficiência que o constituinte erigiu como postulado da Administração Pública. Sinal dos tempos!