



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER Nº 106/2012/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO Nº 00400.013770/2011-71

INTERESSADO: CONJUR/MC

ASSUNTO: CONSULTA SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA DA TELEBRÁS

CONTRATAÇÃO DIRETA DA TELEBRÁS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA REDE PRIVATIVA DE COMUNICAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ART. 24, VIII, DA LEI 8.666/93. IMPOSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO, EM TESE, DA VIABILIDADE DE CONTRATAÇÃO PELA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PREVISTA NO ART. 25 DA LEI 8.666/93.

I – A TELEBRÁS não pode ser considerada “concessionária geral para a exploração dos serviços de comunicação”, competindo atualmente à ANATEL a delegação dos referidos serviços, conforme se extrai da Lei 9.472/97.

II – A hipótese de dispensa de licitação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 exige tenha sido a entidade contratada criada especificamente para o fim de atender a Administração Pública, não se aplicando, portanto, à TELEBRÁS. Incidência da ON/AGU nº 13/09.

III – A hipótese de dispensa de licitação do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93 exige que o bem ou serviço objeto da contratação direta estivesse incluído no objeto da entidade contratada anteriormente à edição da Lei 8.666/93, não se aplicando, portanto, à implementação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal, prevista entre as atribuições da TELEBRÁS pelo Decreto 7.175/10.

III – A viabilidade da contratação por inexigibilidade de licitação deve ser analisada em cada caso concreto, não sendo possível a definição, em tese, da viabilidade de contratação direta da TELEBRÁS com base na hipótese legal do art. 25 da Lei 8.666/93.



Senhora Coordenadora-Geral,

- I -

1. Trata-se de consulta formulada pela Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS acerca da possibilidade de ser contratada diretamente pela Administração Pública, especialmente no que diz respeito à implementação de Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal.

2. Conforme se extrai dos autos, afirma a TELEBRÁS, em breve síntese, que o art. 1º do Decreto nº 74.379/74¹ estatuiu a mesma como concessionária geral para exploração dos serviços de telecomunicações, razão pela qual estaria sua contratação direta por pessoa jurídica de direito público amparada no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93².

3. Aduz, ademais, que, conforme se extrai dos art. 4º do Decreto nº 7.175/10³ e art. 3º da Lei nº 5.792/72⁴, teria sido a TELEBRÁS criada com a

¹ “Art. 1º A Telecomunicações Brasileiras S. A. - TELEBRÁS e a concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional.”

² “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;”

³ “Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS:

I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;

II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;

III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos; e

IV - prestar serviço de conexão à Internet em banda larga para usuários finais, apenas e tão somente em localidades onde inexistia oferta adequada daqueles serviços.”

⁴ “Art. 3º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S/A. - TELEBRÁS, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a finalidade de:

I - planejar os serviços públicos de telecomunicações, de conformidade com as diretrizes do Ministério das Comunicações;

II - gerir a participação acionária do Governo Federal nas empresas de serviços públicos telecomunicações do país;

III - promover medidas de coordenação e de assistência administrativa e técnica às empresas de serviços públicos de telecomunicações e aquelas que exerçam atividades de pesquisas ou industriais, objetivando a redução de custos operativos, a eliminação de duplicações e, em geral a maior produtividade dos investimentos realizados;

IV - promover a captação em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados pela Sociedade ou pelas empresas de serviços públicos de telecomunicações, na execução de planos e projetos aprovados pelo Ministério das Comunicações;



finalidade específica de fornecer bens e serviços à Administração Pública, sendo a razão de sua existência “atender as necessidades do ente estatal que promoveu a sua criação”, o que lhe conferiria legitimidade para ser contratada sem licitação.

4. Assevera que a TELEBRÁS obteve autorização da ANATEL para prestar serviços de telecomunicações, entre os quais se poderia incluir a atividade de Banda Larga, tendo o art. 4º do Decreto nº 7.175/10 atribuído à TELEBRÁS a atividade de “implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal”.

5. Esclarece, ainda, a TELEBRÁS, que uma Rede Privativa de Telecomunicações “é um conjunto de meios físicos, denominados infra estruturas, ou eletromagnético que suportam a transmissão, recepção ou emissão de sinais, destinados apenas para os serviços privativos de telecomunicações (...) que visam a atender a uma determinada empresa ou instituição e que permite a conectividade entre pessoas e processos, cujo acesso ao seu conteúdo é restrito ao uso interno”, sendo o principal benefício da Rede Privativa “a segurança e a confiabilidade na troca de informações”, sendo possível o tráfego de informações sigilosas sem risco.

6. O diferencial da rede da TELEBRÁS, segundo afirma, seria “que ela não é aberta ao público em geral” sendo “na sua origem uma rede confinada e construída para o fornecimento de serviços que suportem redes privativas de titularidade do Governo Federal”.

7. Afirma, por fim, a TELEBRÁS, que seria a única empresa com condições de executar a Rede Privativa da Administração Pública resguardando “o sigilo e a privacidade de suas informações sensíveis”, identificando-se nos serviços propostos pela TELEBRÁS “um serviço singular, de notória especialização, baseada numa proposta de serviço por um Backbone Nacional de tecnologia ímpar, única, uniforme e exclusiva no País, que a difere das demais redes de telecomunicações presentes, com cobertura integral para pontos de interesse de Governo, sem que sejam agregados elementos de rede que venham a deteriorar o nível de serviço e comprometer a segurança dos dados”.

V - promover, através de subsidiárias ou associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações, no território nacional e no exterior.

VI -promover e estimular a formação e o treinamento de pessoal especializado, necessário às atividades das telecomunicações nacionais;

VII -executar outras atividades afins, que lhe forem atribuídas pelo Ministério das Comunicações.”

8. Diante de tais considerações, formula a TELEBRÁS os seguintes questionamentos:

- 1) Considerando que permanece vigente o Decreto nº 74.379, de 8 de agosto de 1974, que dispõe sobre as atribuições da TELEBRÁS, com as prerrogativas de concessionária de serviço público, pode ser a TELEBRÁS considerada como uma concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações?
- 2) Para prestar serviços de telecomunicações a TELEBRÁS pode ser contratada diretamente pelos entes da Administração Pública Direta com base no artigo 24, VIII da Lei nº 8.666/93? Em outras palavras, a TELEBRÁS pode ser contratada mediante dispensa de licitação em futuras negociações com pessoas jurídicas de direito público interno para os objetivos previstos nos incisos I, II e III do artigo 4º do Decreto nº 7.175, de 12 de maio de 2010?
- 3) Em situações em que órgãos ou entes públicos demandem a contratação de redes corporativas cujo tráfego seja confinado e que o interesse de utilização seja restrito ao contratante, é possível considerar passível de ser contratada pelo instituto da inexigibilidade?

9. O processo, inicialmente distribuído ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais – DEAEX desta Consultoria-Geral da União, foi redirecionado a este DECOR já instruído com o PARECER Nº 823/2012/LCB/CGNS/CONJUR-MA/AGU, por meio do qual a Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações – CONJUR/MC alcançou as seguintes conclusões sobre o tema:

Diante de todo o exposto, ressaltando a necessidade de manifestação jurídica específica diante de cada caso concreto, concluo e opino no seguinte sentido:

- (a) A Telebrás encontra-se juridicamente autorizada a prestar serviços de telecomunicações diretamente ou por meio de subsidiárias, nos termos do que dispõe o art. 3º da Lei nº 5.792, de 1972, e o art. 1º do Decreto nº 74.379, de 1974, observadas as condições e as hipóteses referidas no art. 4º do Decreto nº 7.175, de 2010, bem como as finalidades previstas no art. 1º do mesmo Decreto e os requisitos constantes da Lei nº 9.472, de 1997;
- (b) A Telebrás pode ser, em tese, contratada mediante dispensa de licitação, nos termos do que dispõe o art. 24, VIII, da Lei nº 8.666, de 1993, por pessoa jurídica de direito público interno e desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, para a implementação da rede privativa da Administração Pública Federal, tendo em vista que:
 - b.1. há compatibilidade entre o objeto da contratação e as finalidades da empresa;
 - b.2. a previsão regulamentar, anterior à vigência da Lei nº 8.666, de 1993, que atribui à Telebrás o *status* de concessionária geral dos serviços de telecomunicações abrange a prestação de serviços para a Administração Pública;



- b.3 demonstra-se juridicamente inapropriado proceder a um simplório enquadramento da atuação da Telebrás nas categorias de “serviço público” ou “atividade econômica em sentido estrito”, haja vista a incompatibilidade desta distinção com a atual realidade jurídico-administrativa do país;
- b.4. a rede privativa da Administração Pública Federal envolve sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos, conforme estipula o art. 4º, §2º do Decreto nº7.175, de 2010 c/c o art. 6º, XIX, da Lei nº 8.666, de 1993;
- b.5. a Telebrás atua no mercado de telecomunicações de forma subsidiária, com uma função predominantemente de regulação e com o objetivo de implementar as diretrizes estratégicas traçadas pelo Estado para o setor; e
- b.6. não possui respaldo legal interpretação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666, de 1993, que sustente a necessidade de (i) a empresa contratada prestar serviços de forma exclusiva para a Administração Pública e/ou (ii) ser demonstrado que não há outras empresas que possam prestar os mesmos serviços.
- (c) Em tese, seria viável a contratação direta da Telebrás para a implementação da rede privativa da Administração Pública Federal, declarando-se a inexigibilidade de licitação, desde que venha a ser comprovado, diante de cada situação concreta, o atendimento aos seguintes requisitos:
- c.1. a singularidade dos atributos da rede da Telebrás, quando em comparação com outras existentes no mercado;
- c.2. a imprescindibilidade de a contratação envolver uma rede que detenha essas características, dado o interesse público concreto envolvido no caso; e
- c.3. a impossibilidade de os requisitos e os fins necessários para o funcionamento da rede privativa da Administração Pública Federal serem atendidos de forma adequada por outras prestadoras de serviços de telecomunicações.

10. **Brevemente relatados os autos, manifesto-me.**

- II -

11. O art. 1º do Decreto nº 74.379/74, além de conferir à TELEBRÁS o estatuto de “concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional”, autorizou-lhe a delegar, a empresas subsidiárias ou associadas, a exploração parcial de serviços de telecomunicações, veja-se:

Art. 1º A Telecomunicações Brasileiras S. A. - TELEBRÁS e a concessionária geral para a exploração dos serviços públicos de telecomunicações, em todo o território nacional.

§ 1º - A TELEBRÁS poderá delegar a empresa subsidiária ou associada, concessão para a exploração parcial de serviços públicos de telecomunicações.



12. A intenção, à época, conforme bem apontado pela CONJUR/MC, era de estatizar e centralizar o “controle sobre a infraestrutura e a prestação dos serviços de telecomunicações em âmbito federal”, tendo a TELEBRÁS, para tanto, incorporado as companhias telefônicas existentes e se feito representar em cada um dos Estados da federação.

13. A Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT) promoveu profunda reforma no setor das telecomunicações brasileiras, substituindo o sistema de monopólio público por um sistema de concessão pública a operadores privados, fundado na ampla competição e orientado para a universalização dos serviços respectivos. O Sistema TELEBRÁS, conforme autorização contida no art. 187 da LGT, foi privatizado a 29 de julho de 1998.

14. Assim sendo, quanto ao primeiro ponto da consulta ora em apreço, é de se ressaltar que a TELEBRÁS não mais pode ser considerada concessionária geral para a exploração de serviços de telecomunicações, devendo os dispositivos normativos pertinentes à referida empresa estatal ser interpretados conforme a legislação de regência dos serviços de telecomunicações ora vigente no país. Na mesma linha é o entendimento da CONJUR/MC, que assevera que as disposições da Lei nº 5.792/72 e do Decreto nº 74.379/74 “devem ser interpretadas à luz da legislação, do ambiente regulatório e da própria estrutura organizacional da empresa nos dias de hoje”.

15. Veja-se, sobre o ponto, a seguinte passagem do retro mencionado PARECER Nº 823/2012/LCB/CGNS/CONJUR-MA/AGU, da lavra da CONJUR/MC:

Assim, por exemplo, a regra de que a Telebrás é a “concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações em todo o território nacional”, constante do art. 1º do Decreto nº 74.379, de 1974, não pode mais ser entendida como uma delegação irrestrita para prestar tais serviços. Isso porque, atualmente, a competência para tal delegação é da Anatel, nos termos do que prevê a Lei nº 9.472, de 1997. Isso significa que, assim como as demais prestadoras, também a estatal deve obter, junto à Agência, a correspondente concessão ou autorização para explorar serviços de telecomunicações.

16. A corroborar a impossibilidade de se considerar a TELEBRÁS como concessionária geral para a exploração de serviços de telecomunicação, tem-se os



fato de competir, nos dias de hoje, à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, os poderes de outorga, regulamentação e fiscalização dos serviços de telecomunicações no país. Nesse sentido, não é demais aludir que, conforme informa no memorando que inaugura os autos, a TELEBRÁS solicitou e obteve autorização para a prestação de serviços de telecomunicações junto à referida agência reguladora⁵.

- III -

17. Quanto ao segundo ponto, que diz respeito à contratação direta da TELEBRÁS por meio da hipótese de dispensa de licitação prevista no artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, para os objetivos previstos nos retro citados incisos I, II e III do artigo 4º do Decreto nº 7.175/10, entendo que a melhor solução para o caso não coincide com a orientação proposta pela CONJUR/MC. A meu ver, é plenamente aplicável à espécie a Orientação Normativa/AGU nº 13, de 1º de abril de 2009, vazada nos seguintes termos:

ON/AGU nº 13/09: EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

18. Na defesa de tal entendimento, deve ser mencionado, em primeiro lugar, o quando disposto no art. 6º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), *in verbis*:

Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

19. É de se ressaltar que o art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93, além de outros requisitos, exige, para a contratação direta do órgão ou entidade integrante

⁵ A TELEBRÁS “obteve autorização do Serviço de Comunicação Multimídia – SCM, aprovada pelo Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, por meio do Ato nº 1.027, de 16 de fevereiro de 2011, cuja publicação no DOU foi realizada na Seção 1, no dia 18 de fevereiro de 2011, estando assim apta jurídica e tecnicamente a prestar serviços de telecomunicações”.

da Administração Pública, ter sido o mesmo criado para esse fim específico, *in verbis*:

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;

20. A doutrina que se dedicou à interpretação do referido dispositivo legal tende a afirmar que só encontra guarida no permissivo em apreço a contratação de entidades que tenham sido criadas com a finalidade específica de fornecer bens apenas para a Administração Pública, sendo inviável a contratação direta, com base no referido inciso VIII, de entidades que atuam no mercado. Vejam-se as palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁶ sobre o assunto:

O outro requisito inafastável à lei, para que ocorra a contratação direta, é que o objeto a ser contratado pela Administração seja coincidente com a finalidade precípua ou fundamental do órgão.

Nesse sentido, os elementos ensejadores da criação do órgão estão diretamente relacionados com o objeto de interesse da Administração contratante.

(...)

Merece reflexão o fato de um órgão possuir a finalidade genérica de prestar serviços numa determinada atividade, sem haver referência à 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 criação do órgão, o que deve ficar em evidência é a finalidade específica.

Afinal, como anteriormente expandido, presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; “devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva”.

Se o exercício da atividade mercantil pauta-se pelo princípio da livre concorrência, tendo o Estado se igualada 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.

Afinal, lembrando Ferrara, se o Estado abandona seu pedestal para entrar em coordenação com os súditos, deve pautar-se pelas normas a eles aplicáveis. O dispositivo só resguarda o fato da descentralização: a pessoa jurídica criada pelo Estado para prestar serviços inerentes às atividades da Administração Pública para ela própria.

⁶ *Contratação Direta sem Licitação*. Brasília. Brasília Jurídica: 1997, p. 387-391.

(...)

É desconcertante verificar que alguns órgãos públicos, menos atentos ao texto legal e ignorando os princípios constitucionais da ordem econômica adotada em nosso País, vêm promovendo contratações de empresas públicas que não foram criadas para a finalidade específica de atender às necessidades da Administração, pretendendo amparar a contratação direta no inciso VIII do art. 24 em comento.

(...)

Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio – que, a propósito, só pode ser exercido se houver previsão constitucional, porque restringe o ingresso de particulares no desenvolvimento da atividade econômica, afetando o princípio da livre iniciativa – tendem a expandir seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso de os Correios confeccionarem os envelopes de uma loja...

21. No mesmo sentido a doutrina de Marçal Justen Filho:

Portanto, o inc. VIII dá respaldo a ‘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 ‘suporte’ administrativo.

Essa interpretação é reforçada pela redação do dispositivo, que explicitamente alude ao ‘fim específico’ da entidade contratada. Identifica-se, portanto, que a contratação se relaciona com o fim específico da entidade contratada, consistente em atuar em prol e a favor da pessoa de direito público interno que a controla.

Essa interpretação é confirmada pela referência legislativa ao fim específico da criação da entidade a ser contratada. Somente se legítima a contratação direta, sem licitação, se a entidade a ser contratada tiver sido criada com a finalidade específica de fornecer bens e serviços à Administração Pública.

(...)

Bem por isso, apenas podem ser atingidas pelo regime de contratação direta prevista no dispositivo comentado aquelas empresas que prestam serviços ou fornecem bens exclusivamente em favor da Administração Pública. A exploração empresarial mista, que envolva atividades tanto no mercado institucional como naquele privado, conduz à exclusão da contratação direta fundada no inc. VIII do art. 24.⁷

22. O Tribunal de Contas da União, por sua vez, no acórdão 615/05-Plenário, citado por Lucas Rocha Furtado em seu *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*⁸, assim se manifestou sobre a matéria:

⁷ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. São Paulo. Dialética:2009, p. 306-7.

⁸ Belo Horizonte. Fórum: 2007, p. 86-76.

(...) diante da necessidade de viabilizar o suporte de informática a novo programa instituído pelo governo atual, veio o Ministério do Trabalho e Emprego a firmar o Contrato Administrativo 22/2004 com a Cobra Tecnologia S.A., com dispensa de licitação fundamentada no inc. XVI do art. 24 da Lei 8.666/93, para “a prestação de serviços técnicos especializados em Tecnologia da Informação, voltados à operacionalização do sistema aplicativo do Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE”, ajuste que é o objeto da presente representação.

(...)

constatou-se não proceder a fundamentação legal adotada para a contratação da empresa Cobra por dispensa de licitação.

13. As previsões de dispensa de licitação constantes dos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei 8.666/93 não se referem às entidades que desenvolvam atividade econômica, mas tão-somente às prestadoras de serviço público.

(...)

O requisito legal, contudo, não se resume a esse ponto. Além de serem prestadoras de serviço público, as entidades, para poderem enquadrar-se no inciso XVI do art. 24 da Lei 8.666/93, deverão haver sido originariamente instituídas com o objetivo de prestar os serviços objeto de contratação para a Administração Pública direta da mesma esfera de governo.

(...)

Ora, a empresa Cobra não atende a nenhum desses requisitos. De um lado, em função de ser entidade que desenvolve atividade econômica, que deve sujeitar-se à disciplina do § 1º do art. 173 da CF/88, não podendo, por conseguinte, contar com privilégios em contratações governamentais. De outro, por não haver sido originalmente instituída com o fim específico de prestar serviços à Administração Pública. Quanto a este último aspecto, aliás, cabe observar que, do registro da empresa Cobra Tecnologia S.A. na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro consta haver sido ela criada com o objetivo de “desenvolver, fabricar, comercializar, alugar, integrar, importar e exportar equipamentos e sistemas de eletrônica digital, periféricos, programas e produtos associados, insumos e suprimentos, bem como prestar serviços afins”, podendo “celebrar contratos e convênios com empresas nacionais e estrangeiras, bem como participar do capital de outras empresas”

23. Tal entendimento foi adotado pelo TCU também no acórdão 6931-43/09-1 - 1ª Câmara, oportunidade na qual a Corte de Contas ressaltou que a dispensa de licitação do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93, é aplicável apenas às entidades de apoio da Administração Pública, veja-se:

REPRESENTAÇÃO. JOGOS PANAMERICANOS E PARAPANAMERICADOS DE 2007. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO.

1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei 6.538/1978, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X).

2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da

isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

(...)

Sustenta o responsável que os serviços de logística prestados pelos Correios integram o serviço postal, de natureza pública, a teor do art. 21, inciso X, da Constituição Federal e, por isso, poderiam ser contratados com dispensa de licitação, sob amparo do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993.

Entende que a dispensa de licitação beneficia as entidades que se dedicam a prestação de serviço público à coletividade - caso dos Correios - e as que desenvolvem atividades de suporte à Administração Pública.

Os serviços de logística prestados pelos Correios não integram o serviço postal, consistindo em atividade acessória, própria de atividade econômica exercida em regime de livre concorrência.

(...)

A utilização da estrutura dos Correios para prestação de serviços não afetos a sua atividade principal não tem o condão de transformá-los em serviço postal. Não há razão para acreditar que os serviços de marketing direto, certificação digital ou logística tenham sido erigidos à categoria de serviço postal apenas porque os Correios passaram a oferecê-los, em regime de concorrência com empresas privadas que se dedicam a essas atividades comerciais.

Firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993 (acórdãos 1.733/2004, 2.063/2005, 1.705/2007, Plenário; 1.171/2006, 2ª Câmara).

As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993.

Ainda que se acreditasse que os serviços de logística pudessem ser classificados como serviço postal, descaberia a dispensa de licitação, porque os Correios não foram criados para atender a demanda específica da Administração Pública.

O Tribunal, em reiteradas ocasiões, entendeu indevida a contratação da Petrobras, com dispensa de licitação, porque ela "não foi criada com o fim exclusivo de promover fornecimento de combustível à Administração Pública, faltando assim o quesito necessário à aplicação da norma do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93" (Acórdão 2.063/2005, Plenário. Nesse sentido: decisões 253/1997, Plenário, e 118/1998, 2ª Câmara; acórdãos 56/1999, Plenário, 38/1999 e 1.481/2005, 1ª Câmara; 142/1996, 2ª Câmara).

Esse é, também, o caso dos Correios.

(AC-6931-43/09-1, 1ª Câmara, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Dou 04/12/2009)

24. É importante ressaltar, porém, que esta Advocacia-Geral da União firmou entendimento diverso no que diz respeito à contratação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. De fato, por meio do PARECER AGU/CGU/JCBM/0019/2011, foi adotado o posicionamento de que é possível a

contratação direta de serviços não exclusivos prestados pela ECT com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93.

25. Nada obstante, parece-me que a orientação adotada na oportunidade decorreu do reconhecimento da natureza dos serviços prestados pela ECT, tendo o entendimento então perfilhado se fundado na decisão prolatada na ADPF nº 46, na qual, conforme consta do opinativo em apreço, teria o Supremo Tribunal Federal afirmado a natureza pública, inclusive, dos serviços não exclusivos prestados pelos Correios, não se caracterizando a prestação de tais serviços como exercício de atividade econômica. Sobre o ponto, veja-se excerto do indigitado PARECER AGU/CGU/JCBM/0019/2011:

O entendimento do TCU colide com o externado pelo STF na ADPF n. 46. Nela resultou assentado que a ECT presta serviço público e ainda: a) que o serviço postal é serviço público e não atividade econômica, b) que por não ser atividade econômica não se aplica os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Entendimento contraposto ao qual o TCU sujeita-se em virtude dos efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10, §3º da Lei n. 9.882/99). Os votos dos Ministros do STF na ADPF 46 são bastante elucidativos no considerar o serviço postal como espécie de serviço público.

26. Assim sendo, tal entendimento não seria aplicável aos serviços de telecomunicações que a TELEBRÁS pretende prestar à Administração Pública, aos quais, como já dito, se aplica o art. 6º da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), que determina a organização dos serviços de telecomunicações “com base no princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica”.

27. Importante registrar, ainda, como óbice à contratação direta da TELEBRÁS para os objetivos previstos nos incisos I, II e III do artigo 4º do Decreto nº 7.175/10⁹, que o art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93 exige, para a subsunção na hipótese que veicula, ter sido o órgão ou entidade da Administração Pública criado

⁹ “Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS:
I - implementar a rede privativa de comunicação da administração pública federal;
II - prestar apoio e suporte a políticas públicas de conexão à Internet em banda larga para universidades, centros de pesquisa, escolas, hospitais, postos de atendimento, telecentros comunitários e outros pontos de interesse público;
III - prover infraestrutura e redes de suporte a serviços de telecomunicações prestados por empresas privadas, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades sem fins lucrativos;”



para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei. Veja-se, novamente, o dispositivo legal pertinente:

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;

28. Apesar de ter sido a TELEBRÁS criada ainda na década de 70, é de se notar que o Decreto nº 7.175/10 foi editado apenas em maio de 2010, tendo, portanto, as atribuições arroladas nos referidos incisos I, II e III do artigo 4º do mencionado decreto sido deferidas à empresa estatal de que ora se trata posteriormente à data limite prevista no citado dispositivo legal.

29. No ponto, não é demais ressaltar que o art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93 apenas admite a contratação direta de bens e serviços que já se encontravam incluídos no objeto dos órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública quando da edição da Lei 8.666/93, não se aplicando o permissivo legal em comento às contratações relativas a bens e serviços posteriormente incluídos entre os objetivos sociais de referidas entidades. Para corroborar tal assertiva, pode ser mencionada a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹⁰:

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 a possibilidade de a 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 expandidos 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 8.883/1994, ou seja, que a alteração da atividade do órgão tivesse ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/1993.


Com essa possibilidade, ficaria resguardado o ordenamento jurídico sem necessidade de grandes pesquisas sobre a finalidade inicial.

¹⁰ *Contratação Direta sem Licitação*. 9.ed. Belo Horizonte: Forum: 2012, p. 365-366.

que ensejou a criação do órgão, ao tempo em 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.

30. Por fim, é importante considerar dois argumentos que a CONJUR/MC utiliza no retro citado PARECER Nº 823/2012/LCB/CGNS/CONJUR-MA/AGU a fim de fundamentar a contratação direta da TELEBRÁS para a implementação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal. Em primeiro lugar, afirma que o §2º do art. 4º do Decreto nº 7.175/10¹¹ definiu a indigitada rede como um serviço estratégico, visto que destinada ao tráfego de informações sensíveis, confidenciais, tendo a descontinuidade do serviço respectivo o condão de causar danos significativos para a Administração Pública contratante. Em segundo lugar, aduz que a TELEBRÁS atua de forma subsidiária no mercado, caracterizando-se como um instrumento de regulação estatal do setor, não havendo que se falar, no que diz respeito à sua contratação direta pela Administração Pública em violação à livre concorrência, ou em atribuição de privilégio não extensível às demais concorrentes.

31. Quanto ao primeiro ponto, entendo que o fato de ter sido definida como estratégica a Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal não conduz à conclusão de ser necessária a contratação direta da TELEBRÁS para a implementação de tal rede, desconsiderando-se o regramento legal e constitucional que impõe como regra a realização de licitação para as contratações públicas. Ressalto, ademais, que, como visto, o título de estratégica foi deferido à Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal por meio de norma infralegal (Decreto nº 7.175/10), sendo certo que as hipóteses de dispensa de licitação devem ser contempladas em lei.

32. No que diz respeito à alegação de que a TELEBRÁS atua de forma subsidiária, não concorrendo diretamente com os demais *players* que atuam no mercado de telecomunicações, me parece que a própria implementação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal demonstra que a atuação da referida estatal não se dá apenas de forma subsidiária, sendo certo que, conforme se extrai dos próprios autos, existiria, em tese, interesse de outras empresas e 

¹¹ “Art. 4º Para a consecução dos objetivos previstos no art. 1º, nos termos do inciso VII do art. 3º da Lei nº 5.792, de 11 de julho de 1972, caberá à Telecomunicações Brasileiras S.A. - TELEBRÁS: (...)

§ 2º Os sistemas de tecnologia de informação e comunicação destinados às atividades previstas nos incisos I e II do **caput** são considerados estratégicos para fins de contratação de bens e serviços relacionados a sua implantação, manutenção e aperfeiçoamento.”

possibilidade de concorrência no que concerne à contratação de que ora se trata. Em outras palavras, se é certo que o Decreto nº 7.175/10, em seu art. 4º, prevê hipóteses de atuação subsidiária da TELEBRÁS, não me parece possível considerar a implementação da Rede Privativa de Comunicação da Administração Federal um destes casos de atuação subsidiária, razão pela qual não procede a utilização de tal argumento com a finalidade de justificar uma contratação direta de referida empresa com base no art. 4º, inciso VIII, da Lei 8.666/93.

- IV -

33. Quanto ao terceiro e último questionamento da consulta formulada pela TELEBRÁS, sobre a possibilidade de contratação da empresa, por inexigibilidade de licitação, nos casos “em que órgãos ou entes públicos demandem a contratação de redes corporativas cujo tráfego seja confinado e que o interesse de utilização seja restrito ao contratante”, é de se registrar a impossibilidade de se tratar da questão em tese.

34. Como é cediço, a contratação direta por inexigibilidade de licitação se aplica aos casos de inviabilidade de competição, tratando-se, como bem ressaltado pela CONJUR/MC, de matéria essencialmente fática, dependendo a configuração dos requisitos legais respectivos da comprovação em cada caso concreto.

- V -

35. De todo o exposto, nos termos da fundamentação retro, sugiro, em resposta aos questionamentos formulados pela TELEBRÁS nos presentes autos, seja adotado o entendimento de que:

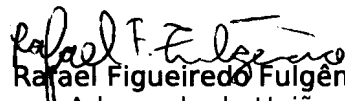
- a) a TELEBRÁS não pode ser considerada concessionária geral para a exploração dos serviços de telecomunicações;
- b) é inviável a contratação direta da TELEBRÁS com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93; e
- c) não é possível definir em tese a possibilidade de contratação direta da TELEBRÁS por inexigibilidade de licitação, sendo necessária a análise, em cada caso.



concreto, do preenchimento das exigências legais pertinentes.

À consideração superior.

Brasília, 21 de novembro de 2012.


Rafael Figueiredo Fulgêncio
Advogado da União