



CT. MinC
230
[assinatura]

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

523/2016

CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA

PARECER nº 0022/2016-CONJUR/MINC/CGU/AGU (1.2)

PROCESSO nº 01400.062071/2015-41

INTERESSADO: Coordenação-Geral de Logística

ASSUNTO: Contratação Direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Ementa:

- I. Administrativo. Licitações e Contratos.
- II. Prestação e serviços, em âmbito nacional, de correspondências postais e telemáticos com fornecimento de produtos e coleta, transporte e entrega de encomendas. Solicitação de contratação direta da ECT, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/1993.
- III. Necessidade de verificação por parte da área técnica acerca da classificação de todos serviços pretendidos como sendo não sujeitos ao privilégio da exclusividade. Entendimento do STF no julgamento da ADPF nº 46 e Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011. Viabilidade do enquadramento da contratação pretendida na regra de dispensa prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.
- IV. Celebração de contrato de adesão. Verificação das cláusulas contratuais apresentadas pela ECT.
- V. Necessidade de cumprimento e observação das tratativas conciliatórias firmadas entre a Administração Federal e a ECT, nos termos do Termo de Conciliação nº CCAF-CGU-AGU-APS-PBB 21/2010.

I- Relatório

1. Nos termos da alínea "a" do inciso VI do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, vem ao exame desta Consultoria Jurídica o processo administrativo em epígrafe, para análise e pronunciamento acerca da pretensa contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, via contratação direta, dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93, com vistas à *"comercialização de produtos e serviços postais, telemáticos e adicionais, nas modalidades nacional e internacional, carga de máquina de franquear, venda de produtos postais, disponibilizados em unidades de atendimento da ECT em âmbito nacional"*, conforme condições previstas no Projeto Básico (fls. 186/225v).

2. Constam dos autos, dentre outros, os seguintes documentos:

- a) NOTA TÉCNICA Nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC (fls. 01/06v), em que a Coordenação-Geral de Logística apresentou justificativas quanto à necessi-

[assinatura]

dade de contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, com fulcro no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, bem como encaminhou Termo de Referência e demais documentos que o subsidiam, constante às fls. 07/25.

b) Autorização concedida pela Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para realização do certame licitatório (fl. 65);

c) Checklist para contratação direta (fls. 76/77);

d) Relatório Técnico nº 56/2015/DICON/COLIC/CGLIC/SPOA/SE/MinC com sugestões formuladas pela Divisão de Contratações Diretas desta Pasta para aperfeiçoamento do processo (fls. 78/79);

e) Despacho elaborado pela Coordenação-Geral de Logística com a adoção das sugestões apresentadas anteriormente (fls. 80/80v) e apresentação de nova Minuta de Projeto Básico (fls. 81/99);

f) Minutas de Contratos apresentados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fls. 116/159);

g) Despacho nº 215/2015/DICON/COLIC/CGLIC/SPOA/SE/MinC, com sugestões de alteração das cláusulas atinentes à obrigações da contratada e contratante, condições de pagamento e inadimplemento (fl. 182/182v), bem como informação da juntada de minuta contratual elaborada a partir dos modelos apresentados pela ECT (fls. 160/181);

h) Minuta de Projeto Básico e Anexos apresentados pela Coordenação-Geral de Logística com as adaptações requeridas pela Divisão de Contratos (fls. 186/225v);

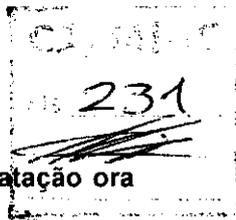
r) Despacho nº 220/2015/DICON/COLIC/CGLIC/SPOA/SE/MINC, sugerindo a remessa dos autos a esta Conjur, conforme previsão contida no art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 (fl. 227).

3. É, em síntese, o relato do necessário. Passo a manifestar.

II- Fundamentação

4. Primeiramente, destaco competir a esta Consultoria Jurídica, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 c/c o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente. Tampouco cabe a esta Consultoria examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira. **Ademais, destaco que a presente manifestação apresenta natureza meramente opinativa e, por tal motivo, as orientações apresentadas não se tornam vinculantes para o gestor público**, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela emanada por esta Consultoria Jurídica. Ou seja, **o presente opinativo apresenta natureza obrigatória, porém não vinculante.**

5. Fixadas tais premissas, entendo que a análise ora empreendida **circunscreve-se** aos aspectos jurídico-formais da Minuta de Projeto Básico e Anexos apresentados pela Coordenação-Geral de Logística às fls. 186/205 e Contrato de fls. 160/181v apresentado pela Divisão de Contratações Diretas. Registro que também foram juntados aos autos minuta de projeto básico às fls. 205/225 atinentes a itens não previstos na NOTA TÉCNICA Nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC (fls. 01/06v), razão pela qual sugiro que as áreas técnicas competentes procedam ao desentranhamen-



to de tal documentação, eis que se trata de documento alheio aos objetivos da contratação ora em apreço.

6. De início, destaco que este Ministério da Cultura pretende contratar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT para comercialização de produtos e serviços postais, telemáticos e adicionais, nas modalidades nacional e internacional, carga de máquina de franquear, venda de produtos postais, disponibilizados em unidade de atendimento da ECT em âmbito nacional, e ainda, coleta, transporte e entrega de encomendas, com fornecimento de produtos, para atender às necessidades do órgão, consoante descrição contida no item 1.1 do Projeto Básico em apreço (fl. 186).

7. A prestação dos serviços postais firma-se como monopólio da União nos termos do inciso X do art. 21 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 21. Compete a União:

(...)

X- manter o serviço postal e correio aéreo nacional.

8. Por sua vez, o art. 9º da Lei nº 6.538/78 estabelece que serviços postais são monopolizados (*rectius*, titularizados sob a forma de privilégio exclusivo, conforme entendimento contido na ADPF nº 46) pela União da seguinte maneira:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;

II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;

9. O mesmo raciocínio se aplica em relação ao art. 27 do aludido diploma normativo, mantendo-se também o regime de exclusividade da ECT na prestação dos serviços de telegrama.

10. Por seu turno, o art. 47 da citada Lei apresenta as definições dos serviços elencados no art. 9º da seguinte forma:

CARTA - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

CARTÃO-POSTAL - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

(...)

A handwritten signature or set of initials in black ink, located at the bottom right of the page.

CORRESPONDÊNCIA - toda comunicação de pessoa a pessoa, por meio de carta, através da via postal, ou por telegrama.

CORRESPONDÊNCIA AGRUPADA - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

11. Destaco que vários artigos da Lei nº 6.538/78 sofreram uma espécie de filtragem constitucional decorrente de interpretação realizada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 46. Embora esta ADPF tenha sido julgada improcedente, o Supremo Tribunal Federal realizou interpretação do texto legal conforme a Constituição, conferindo uma exegese constitucional atualizada a diversos dispositivos da citada Lei. Eis a ementa do julgado:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGÜIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. **O serviço postal** --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

232

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

12. Em suma e apenas no que interessa à análise desse caso, o Supremo Tribunal Federal restringiu o privilégio da exclusividade da ECT apenas para as atividades postais descritas no artigo 9º da Lei nº 6.538/78 supratranscrita, ou seja, **cartas, cartões postais, telegramas e correspondências agrupadas**.

13. Destarte, verifica-se que a Corte Constitucional condicionou a atividade de privilégio exclusivo exercida pelos Correios somente a determinadas hipóteses, não abrangendo, à guisa de exemplo, o serviço de entrega de encomendas, eis que este pode também ser explorado pela iniciativa privada em caráter competitivo, sem qualquer restrição de ordem constitucional ou legal.

14. Resta, portanto, evidenciada que para a contratação dos serviços prestados com exclusividade pelos CORREIOS deverá ser feita a contratação direta, sendo inexigível a licitação nos termos do artigo 25, caput, da Lei nº 8.666/93, pois para estes serviços não existe competição no mercado, pressuposto fático para a configuração de hipótese de inexigibilidade de licitação. Vejamos:

Lei nº 8.666/93

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

15. Por outro lado, para os serviços que também são fornecidos pela ECT mas que não estão abrangidos por privilégio constitucional em caráter de exclusividade (p. ex.: entrega de encomendas), existem profundas divergências quanto a possibilidade de contratação direta.

16. Há quem entenda que a contratação dos demais serviços prestados pela ECT pode ser realizada diretamente com fundamento no art. 24, inc. VIII, da Lei de Licitações. Essa corrente de pensamento encontra, porém, resistência no Tribunal de Contas da União, vez que, de acordo com julgados daquela Corte de Contas, a empresa pública a que se alude o inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8666/93

90

deve ser compreendida como aquela que não exerça atividade econômica (Acórdão 2063/2005 – Plenário Acórdão 6.931/2006 – 1ª câmara).

17. Marçal Justen Filho¹ também segue a mesma linha:

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

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público isso seria assegurar-lhes regime incompatível com o princípio da isonomia.”

18. Inobstante o entendimento acima, em 20/04/2012, o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União aprovou o **Parecer nº 19/2011/CGI/AGU/JCBM**, em que se estabelece o entendimento de que é possível a contratação direta dos serviços postais não monopolizados² pela ECT. O citado Parecer possui caráter vinculante para os integrantes da Advocacia-Geral da União e, portanto, apresenta-se como solução válida a ser adotada pela Administração para amparar juridicamente eventual contratação direta dos denominado “serviços postais não exclusivos”.

19. Esse citado Parecer teve o propósito de sanar divergências entre entidades integrantes da Administração Pública Federal sobre a possibilidade ou não de contratação mediante dispensa (art. 24, VIII, da Lei 8.666/93) da Empresa de Correios e Telégrafos para serviços não exclusivos e abordar a existência de precedente do Tribunal de Contas da União pela impossibilidade de contratação da ECT por dispensa de licitação nos casos dos serviços não exclusivos (Acórdão 6.931).

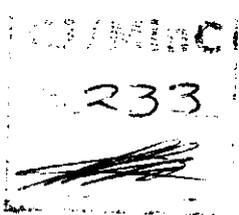
20. Da fundamentação contida no citado parecer, cumpre transcrever o que se segue:

“35. É dispensável a licitação (24, VIII, da Lei n. 8.666/93):

VIII – para 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 seja compatível com o praticado no mercado. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11ª edição. Ed. Dialética, 2005, p. 247.

² Na verdade, trata-se de privilégio e não monopólio, pois o serviço postal constitui-se em serviço público conforme entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no mencionado julgamento da ADPF nº 46.



36. A ECT atende aos requisitos para contratação por dispensa para os serviços não exclusivos. Integra a Administração Indireta da União e foi criada para prestação de serviços postais, correlatos e afins (estes mediante autorização do Ministério das Comunicações). A ECT foi instituída pelo Decreto-Lei n. 509/69. A ela compete (art. 2º)

Art. 2º - À ECT compete:

I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional;

II - exercer nas condições estabelecidas nos artigos 15 e 16, as atividades ali definidas.

III - explorar os seguintes serviços postais: (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011)

a) logística integrada; (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

b) financeiros; e (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

c) eletrônicos. (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)"

21. As conclusões do citado Parecer foram lançadas nos seguintes termos:

"70. Ante o exposto CONCLUO:

a) O serviço postal é serviço público (ADPF-46), de titularidade da União é delegado para a ECT;

b) Ao serviço postal – não considerado atividade econômica em sentido restrito – não se aplicam os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa;

c) os serviços postais são de duas espécies exclusivos (monopólio, art. 9º da Lei 6.538/78) e não exclusivos;

d) Os serviços postais não exclusivos – dado sua natureza pública – podem ser objeto de contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, VIII da Lei 8.666/93) observada a compatibilidade de preços com o mercado.

e) A contratação direta da ECT na prestação de serviços postais não exclusivos (art. 24, VIII, da Lei 8.666/93) não viola os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, por não se tratar de atividade econômica em sentido estrito (ADPF 46)

f) A cláusula de rescisão unilateral nos contratos da ECT não é aplicável contra a Administração contratante nos casos dos serviços exclusivos (monopólio do art. 9º da Lei 6.538/78) e sem paralelo na iniciativa privada;

g) A faculdade de rescisão unilateral subsiste para os serviços não exclusivos e dentro das hipóteses da Lei 8.666/93 (art. 78, XIII x XVII)."

22. Assim, a conclusão foi pela possibilidade de contratação mediante dispensa (art. 24, VIII, da Lei 8.666/93) da Empresa de Correios e Telégrafos para serviços não exclusivos tendo, ainda, o Sr. Consultor-Geral da União, determinado a comunicação do posicionamento firmado ao Departamento de Assuntos Extrajudiciais da AGU para gestão junto ao Tribunal de Contas da União, no intuito de se rever a posição lá assentada, notadamente no que pertine à matéria analisada no citado Parecer.

23. Considerando o quanto exposto, pode-se deduzir que: os serviços prestados com exclusividade pela ECT (art. 9º e 27 da Lei nº 6.538/78) poderão ser contratados de forma direta, por

inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93. Já com relação aos serviços públicos não compreendidos no privilégio de exclusividade da empresa, a contratação poderá ser efetivada de forma direta, não por inexigibilidade de licitação – porquanto não presente o pressuposto fático da inviabilidade de competição – mas por dispensa do certame, amparada no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, conforme entendimento consagrado na Suprema Corte sobre a natureza pública de tais atividades, não incidindo os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência previstos no art. 173 da Magna Carta, e nos termos do citado PARECER AGU/CGU/JCBM/0019/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Advogado-Geral da União.

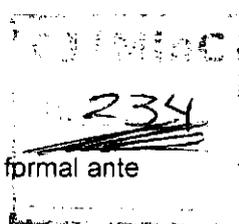
24. No caso em tela, entendo ser necessário que a área técnica deste Ministério ateste se os serviços mencionados no objeto da presente contratação – Mala Direta Postal Básica MDPB, MPDPD, Mala Direta Postal Domiciliária, PAC, SEDEX, LOGÍSTICA REVERSA COLETA, pré-postagem, CAIXA POSTAL, conforme quadro descritivo contido no item 1.1 do Projeto Básico de fl. 186 – estão abrangidos ou não pelo privilégio postal exclusivo, o que atrairia o enquadramento da pretendida contratação à regra de inexigibilidade inserta no caput do art. 25 da Lei nº 8.666/93 ou, caso se trate de serviços não exclusivos, aos ditames previstos no inciso VIII do art. 24 da mesma Lei.

25. Repise-se que para os serviços exclusivos da ECT, a contratação direta deverá de ser feita com espeque no art. 25 da Lei nº 8.666/93 - inexigibilidade da licitação. E no tocante aos demais serviços de caráter não exclusivos poderá haver contratação direta por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93.

26. Ademais, cumpre observar que, às fls. 116/181v, foram juntadas minuta contratuais padrão da ECT com seus respectivos Anexos, os quais especificam tanto os serviços exclusivos, como os não exclusivos. No entanto, considerando o que foi exposto, recomenda-se às áreas técnicas que, no presente processo, somente contrate os serviços prestados em regime de exclusividade ou aqueles em caráter não exclusivo, evitando a divergência de fundamentação legal e procedimental para a contratação direta pretendida.

27. Nesse sentido, e atento ao teor da Nota Técnica nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC (fls. 01/06v) que indica o interesse primordial em contratar serviços não exclusivos por intermédio de dispensa fundamentada no citado inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, **reforço a necessidade de verificação por parte das áreas técnicas competentes se, de fato, os itens pretendidos – Projeto Básico Mala Direta Postal Básica MDPB, MPDPD, Mala Direta Postal Domiciliária, PAC, SEDEX, LOGÍSTICA REVERSA COLETA, pré-postagem, CAIXA POSTAL – podem ser classificados como serviços não exclusivos, passíveis, portanto, de serem explorados, em tese, em concomitância com as empresas privadas no mercado**, o que atrai a aplicação do citado inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93.

28. No que pertine à justificativa da necessidade da contratação, consta do item 2 do Termo de Referência (fl. 186) a menção ao encerramento do prazo do contrato em vigor ocorrido no dia



26/01/2015, devendo tal data ser alterada, eis que, salvo melhor juízo, trata-se de mero erro formal ante a menção a contrato já extinto.

29. Alerto, por oportuno, que toda contratação deve ser lastreada em planejamento efetivo e sério, sendo que no tocante ao aspecto quantitativo deverá haver necessário espelhamento do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida através de adequados critérios e parâmetros técnicos, nos termos do §4º do art. 7º da Lei 8.666/93.

30. **Desta forma, merece ser reforçada a justificativa apresentada, no sentido de se juntar aos autos a comprovação de gastos com os serviços nos últimos anos, a fim de se demonstrar como se estimou o gasto previsto nesta contratação**, com espeque, inclusive, na manifestação contida no item 30 da Nota Técnica nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC (fl.05), que asseverou que "(...) os serviços são utilizados de acordo com a demanda de envios postais, sendo baseados nos gastos dos anos anteriores".

31. **Demais disso, também observo não haver a apresentação de justificativa específica para cada item de produto que se pretende adquirir. Nesse sentido, sugiro que as áreas técnicas competentes reforcem a argumentação expendida para embasar a pretensa contratação com indicação precisa dos motivos justificadores da escolha dos itens contidos no descritivo do Projeto Básico (item 1.1), com o fito de se evitar qualquer alegação de compra de produtos ou serviços desnecessários ou subutilizados pela Administração.**

32. Nessa esteira, veja-se a seguinte deliberação do Tribunal de Contas da União:

Sumário

RECURSOS DE REVISÃO INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NAS CONTAS DOS EXERCÍCIOS DE 1994 E 1995. SUPERVENIÊNCIA DE DOCUMENTOS NOVOS COM EFICÁCIA SOBRE A PROVA PRODUZIDA. APRESENTAÇÃO DE CONTRA-RAZÕES RECURSAIS. PRELIMINARES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO DO RECURSO DE REVISÃO NO TOCANTE ÀS CONTAS DE 1994. IRREGULARIDADE E MULTA. NEGATIVA DE PROVIMENTO NO TOCANTE ÀS CONTAS DE 1995. CARACTERIZAÇÃO DE ATO ANTIECONÔMICO E ILEGÍTIMO QUE CAUSOU DANO AOS COFRES DA EMPRESA. JULGAMENTO PELA IRREGULARIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. SOLICITAÇÃO PARA A ADOÇÃO DE PROVIDÊNCIAS DESTINADAS AO ARRESTO DE BENS.

1. A ausência de cumprimento da fase de interna da licitação inviabiliza o conhecimento integral do objeto que se pretende contratar e as estimativas de custos a ele inerentes.

2. A realização da fase interna da licitação é condição prévia essencial à contratação, inclusive nos casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

3. As contratações devem iniciar-se sempre com o diagnóstico, por parte da administração, de sua necessidade, seguindo-se a motivação do ato, que não está dispensada nas contratações diretas. (Acórdão nº 2686/2008 – Plenário – original sem destaques)

33. Noutro giro, observo que a contratação visada pretende se alicerçar na regra de dispensa de licitação contida no disposto no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993 (fundamento legal para os serviços que não são explorados de maneira exclusiva), *verbis*:

Art. 24 É dispensável a licitação:

(...)

VIII – para 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 seja compatível com o praticado no mercado.

34. Assim, infere-se do dispositivo supra que a operação legítima da contratação direta somente se justifica face ao atendimento dos seguintes requisitos:

- 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 contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/1993; e
- e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

35. Verifica-se, pois, que, abstraídos os aspectos técnicos, de conveniência e oportunidade que escapam do âmbito de análise e do conhecimento desta Consultoria Jurídica, o pleito parece atender, sem maiores dificuldades, os requisitos supratranscritos. Vejamos:

- a) a contratante é a União, por intermédio do MinC, é pessoa jurídica de direito público interno;
- b) a ECT, futura contratada, integra a Administração Pública;
- c) a ECT é uma empresa pública criada pelo Decreto-Lei nº 509, de 10 de março de 1969, com finalidade precípua de "executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional";
- d) a ECT foi criada pelo Decreto-Lei nº 509, de 10 de março de 1969, antes, portanto, da edição da Lei nº 8.666/1993;
- e) Existe informação nos autos dando conta de que o preço ofertado pela ECT é tabelado e que, comparando os serviços de coleta e entrega, os preços ofertados pela ECT são inferiores aos demais consultados. Todavia, além dos pesquisados há outros

235

serviços que se pretende contratar em que não há comprovação de realização da pesquisa de mercado, conforme asseverado pela Coordenação-Geral de Logística à fl. 05v, no item 31 da citada Nota Técnica nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC.

36. Outros requisitos são exigidos – mesmo nos casos de dispensa ou nas situações de inexigibilidade – pelo art. 26 da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

37. A razão da escolha do executante emerge da qualidade da contratada constante da multicitada Nota Técnica nº 007/2015/CODIN/CGLOG/SPOA/MinC de fls. 01/06v.

38. Quanto à justificativa do preço, insta destacar que os serviços prestados pela ECT são cobrados mediante tarifa ou preço público, aprovados pelo Ministério das Comunicações, conforme dispõe o art. 32 da Lei nº 6.538/78. **Todavia, quanto aos serviços que não são objeto de monopólio (*rectius*, privilégio de exclusividade) deve ser juntada a devida comprovação dos valores atualizados a serem cobrados e dos normativos que regem a sua respectiva fixação.**

39. Com os preços e tarifas regulados pela Administração Pública Federal, presume-se a isonomia na cobrança de tais valores, e, por conseguinte, a adequação aos ditames da Orientação Normativa nº 17/2009, com as alterações conferidas pela Portaria AGU nº 572, de 13/12/2011, *verbis*:

ORIENTAÇÃO	NORMATIVA	Nº	17
"A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos."			

40. De igual sorte, Marçal Justen Filho³ leciona que:

"A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em

³ Ob. cit., pág. 295.

condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.”

41. **Portanto, no que diz respeito aos serviços que eventualmente seja objeto de privilégio de exclusividade por parte da ECT, considerando as especificidades relativas ao preço no presente caso concreto, resta-nos tão somente recomendar ao órgão que se certifique quanto à existência, ou não, de tarifas diferenciadas praticadas pela ECT, em razão da demanda específica a ser contratada.**

42. **Por outro lado, no que diz respeito aos serviços que não sejam objeto de privilégio de exclusividade da ECT, enquadrados, por conseguinte, na situação de dispensa de licitação, como existe possibilidade de competição no mercado, deve a Autoridade assessorada comprovar nos autos que preços que serão pagos são compatíveis com os praticados no mercado.**

43. **Por fim, no que toca às exigências insertas no “caput” do art. 26, deve destacar-se que é imprescindível que haja comunicação à autoridade superior, no prazo de 03 (três) dias, da dispensa de licitação, bem como ratificação e publicação da inexigibilidade na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, a contar do recebimento do processo pela autoridade superior.**

44. **Noutro giro, faz-se necessária a juntada de documento que comprove a disponibilidade orçamentária para a realização da despesa para o presente exercício, consoante disposto no artigo 7º, §2º, III, art. 14, e o caput do art. 38, da Lei nº 8.666/93.**

45. No que toca à regularidade fiscal e trabalhista da contratada, observa-se que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 55, XIII c/c arts. 27 a 33, todos da Lei nº 8.666/93, devendo **tal regularidade deverá ser verificada no momento do firmamento do contrato**. Ademais, consoante deliberação proveniente da Corte de Contas da União (Acórdão 260/2002 - Plenário), deve ser observada a exigência legal (art. 29, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993) e constitucional (art. 195, § 3º, da CF) de que nas licitações públicas, **mesmo em casos de dispensa ou inexigibilidade**, é obrigatória a comprovação por parte da empresa contratada de: Certidão Negativa de Débito (INSS - art. 47, inciso I, alínea a, da Lei nº 8.212, de 1991); Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); Certificado de Regularidade do FGTS (CEF) (art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990); e em cumprimento da Lei nº 12.440, de 2011, a CNDT - Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do art.29, V, da Lei 8.666/93.

46. Por sua vez, em observância ao Relatório de Correição Ordinária nº 46/2011-CGAU/AGU, devem ser consultados o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, bem como o Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos (CADICON), que contém informações publicadas pelo Tribunal de Contas da União e pelos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios, integrantes da Rede de Controle da Gestão Pública, a respeito de eventuais penalidades

aplicadas, cujos efeitos podem tornar a parte contratada proibida de participar de licitações e contratar com o Poder Público.

47. Sob tal aspecto, verifica-se o atendimento parcial das recomendações nos termos da documentação de fls. 67/75, **devendo a área técnica providenciar a instrução dos autos com a documentação relativa à consulta da Certidão Negativa de Débito do INSS, Certidão Negativa de Débitos de Tributos e Contribuições Federais (SRF-IN nº 80, de 1997); Certificado de Regularidade do FGTS (CEF) (art. 27 da Lei nº 8.036, de 1990); e Cadastro Integrado de Condenações por Ilícitos Administrativos (CADICON) e, por fim, a verificação atualizada das demais certidões apresentadas que eventualmente tenham seu prazo expirado no momento da contratação.** Registro que as certidões do INSS e de tributos e Contribuições Federais podem não ser disponibilizados em favor da ECT ante a imunidade constitucional recíproca conferida a esta empresa pública, o que, contudo, merece ser aclarado nos autos pela áreas técnicas competentes e pela própria ECT.

III - DA MINUTA DO CONTRATO (fls. 160/181)

48. Neste ponto, é importante consignar que existem contratos nos quais a Administração Pública não age com prerrogativas típicas de Poder Público e por isto não lhe é conferida, em tese, a possibilidade de estabelecer unilateralmente as condições da avença, por se tratar de contrato de adesão, sujeitando-se, assim na mesma posição do que qualquer outro consumidor desses serviços, como ocorre no presente caso.

49. E esse entendimento fica claro na Decisão nº 537/1999, reiterada pela Decisão nº 686/1999, ambas do Plenário do Tribunal de Contas da União, que tratou de consulta formulada pelo Ministério da Aeronáutica, sobre a legalidade de cobrança de multa moratória por concessionária de serviços de energia elétrica, senão vejamos:

"(...) Em resumo, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de direito público e contratos nos quais predominam as regras de direito privado, ressalvadas, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, as condições e formalidades para estipulação e aprovação disciplinadas pelo direito administrativo. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo, contrato privado, contrato semipúblico ou contrato administrativo de figuração privada, é ele caracterizado pela prevalência de normas de direito privado. O contrato de adesão, consoante definição legal dada pelo artigo 54, da Lei nº 8.078/90, "é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo". Neste tipo de contrato, ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciada suas reivindicações. Como se vê, na relação jurídica decorrente do contrato de consumo de energia elétrica não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Trata-se, pois, de contrato privado, para alguns também chamado semipúblico ou ainda de figuração privada."

50. No mesmo sentido, é a determinação estabelecida no PARECER nº GQ-170, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República – DOU 13/10/1998, fato que o torna vinculante em toda esfera da Administração Pública Federal, que em seu item 109 enuncia:

“109. Já no que se refere aos serviços postais, a peculiaridade reside no fato de que, quanto a eles, não existe ato formal de representante do Poder Concedente, como no caso dos serviços de telefonia, já examinado (Portaria nº 663/79-MC). Já se viu no entanto, que a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão, que é o caso, é da concessionária, sob controle, exclusivamente, do representante do Poder Concedente (...).”

51. Decorre, pois que se torna obrigatória a aceitação dos termos impostos pela ECT, pois o MinC não pode prescindir dos seus serviços, pois nos contratos de adesão de fornecimento de serviços públicos ao usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciada suas reivindicações.

52. No que interessa diretamente para o caso sub examine, algumas cláusulas constantes nos contratos de adesão adotados pela ECT foram submetidas à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (Processo nº 00400.002278/2008-74), a fim de que, mediante acordo, fossem suprimidas, como a atualização monetária em caso de atraso no pagamento, exceção de contrato não cumprido em desfavor da pessoa de direito público, exigência de cota mínima, rescisão por mera vontade dos CORREIOS, etc...

53. No dia 15/12/2010, os órgãos públicos envolvidos firmaram o Termo de Conciliação Nº CCAF-CGU-AGU-APS-PBB 21/2010, por meio do qual a ECT comprometeu-se a alterar os seus contratos firmados com a Administração Pública Federal.

54. Analisando a minuta e seus anexos juntados aos presentes autos (fls. 160/181) em cotejo com a minuta padrão decorrente do citado Termo de Conciliação (cópia juntada neste ato⁴) verifica-se que não foram implementadas todas as mudanças acertadas na CCAF, persistindo várias cláusulas em desconformidade com o que fora ajustado no aludido termo de conciliação. A título de exemplo, verifica-se divergência da Cláusula Oitava atinente ao inadimplemento na Minuta apresentada pela ECT (fls. 163v/164) com a Cláusula Oitava da Minuta padrão decorrente do citado Termo de Conciliação CCAF Nº 21/2010, eis que neste último documento há previsão expressa de aplicação das penalidades previstas no art. 86 e inciso I e II do art. 87, todos da Lei nº 8.666/93, o que também implica em divergência com o teor do Projeto Básico apresentado (fls. 186/205).

55. **Portanto, recomenda-se que a CGLIC entre em contato com os CORREIOS e indague se a citada empresa possui modelos de contrato com adequações que se comprometeu a realizar, de acordo com o Termo de Conciliação CCAF Nº 21/2010.** No caso, deve ser solicitada a minuta destinada a aquisição de serviços não exclusivos, que deverá ter como amparo legal o art. 24,

⁴ Documento obtido no seguinte link: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo.245245.

inciso VIII da Lei 8.666/93, desde que verificada a integral compatibilidade dos produtos e serviços adquiridos com o exercício de atividades não privilegiadas em caráter exclusivo por parte da ECT.

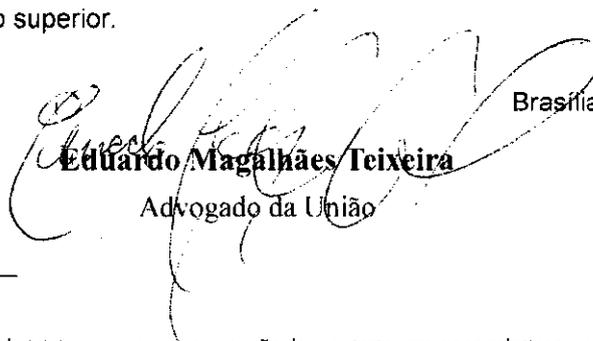
56. No entanto, caso a ECT ainda não tenha ajustado o seu contrato padrão aos termos da conciliação firmada – até o vencimento do atual contrato em vigor - entende-se que a Administração poderá assinar o contrato apresentado, mormente em razão de o serviço público postal ser indispensável para o regular funcionamento do órgão. Se assim for feito, recomenda-se que: (i) se, eventualmente, os CORREIOS descumprirem algum item do Termo de Conciliação nº 21/2010, ainda que com base no contrato assinado, e disso resulte prejuízos ao MinC, o fato seja imediatamente comunicado a este consultivo para que sejam adotadas as medidas cabíveis; e (ii) em vez de prorrogar o contrato no ano que vem, verifique se a ECT ajustou os seus contratos e prefira assinar o novo contrato. Ademais, na minuta apresentada não consta a possibilidade de a Administração (Contratante) sancionar o Correio conforme prevê a Lei Geral de Licitações.

57. Por fim, atente também a área técnica para a necessidade de autorização do Ministro de Estado, ou eventual autoridade revestida de delegação de competência para, no caso vertente, formalizar a contratação em exame, nos termos do art. 2º do Decreto nº 7.689/2012⁵.

IV – CONCLUSÃO

58. Ante o exposto, ressalvando que os aspectos técnicos do procedimento e do objeto não são passíveis de análise pelo órgão jurídico, tampouco a conveniência e oportunidade da contratação, este Consultivo, entende como possível, sobre o aspecto da legalidade, a contratação direta dos serviços elencados no Projeto Básico (fl. 186), com arrimo na autorização contida no inciso VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, desde que devidamente enquadrados pela área técnica como sendo serviços não sujeitos ao privilégio da exclusividade, consoante interpretação conforme estabelecida no julgamento da ADPF nº 46. Ademais, pugna-se pela observância das demais recomendações exaradas no presente parecer, em especial aquelas contidas nos itens 5, 27, 28, 30, 31, 38, 42, 43, 44, 47, 55, 56 e 57.

59. À consideração superior.


Eduardo Magalhães Teixeira
Advogado da União

Brasília, 06 de janeiro de 2016.

⁵ Art. 2º A celebração de novos contratos administrativos ou a prorrogação dos contratos em vigor relativos a atividades de custeio devem ser autorizadas expressamente pelo respectivo ministro de Estado.

§ 1º Para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) é vedada a delegação de competência.

§ 2º Para os contratos com valores inferiores a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), a competência de que trata o caput poderá ser delegada ou subdelegada, exclusivamente:

I - ao secretário-executivo, ou autoridade equivalente, aos dirigentes máximos das unidades diretamente subordinados aos respectivos ministros de Estado e aos dirigentes máximos das entidades vinculadas, ficando vedada a subdelegação para os contratos com valor igual ou superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

II - aos subsecretários de planejamento, orçamento e administração ou autoridade equivalente, vedada a subdelegação, para os contratos com valores inferiores a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), e iguais ou superiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); e

III - aos coordenadores ou chefes das unidades administrativas dos respectivos órgãos ou entidades para os contratos com valores inferiores a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)."

CONJUR/MinC
EM BRANCO

238




ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA CULTURA
GABINETE DO CONSULTOR JURÍDICO

DESPACHO n. 00009/2016/CONJUR-MINC/CGU/AGU

NUP: 01400.062071/2015-41

**INTERESSADOS: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E
TELEGRAFOS ECT**

ASSUNTOS: CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. Estou de acordo com a opinião jurídica precedente, que adoto como fundamento na forma do art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

2. Observados os apontamentos, não é necessário o retorno dos autos a esta CONJUR, salvo se houver dúvida jurídica superveniente ou algum novo ato que necessite de análise jurídica prévia.

Brasília, 07 de janeiro de 2016.

CLARICE COSTA CALIXTO

Consultora Jurídica

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 01400062071201541 e da chave de acesso 853fe98c

Documento assinado eletronicamente por CLARICE COSTA CALIXTO, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 5850792 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>, após cadastro e validação do acesso. Informações adicionais: Signatário (a): CLARICE COSTA CALIXTO. Data e Hora: 07-01-2016 15:19. Número de Série: 101489. Emissor: Autoridade Certificadora da Presidencia da Republica v4.

CONJUR/MinC
EM BRANCO