

ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

PARECER PGE/PA Nº158/2008

PROCESSO PGE Nº 2008.008.000879-3 e 2008.008.000279-8

INTERESSADO: SECRETARIA DE ESTADO DE PLANEJAMENTO - SEPLAN

ASSUNTO: CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO

I – RELATÓRIO

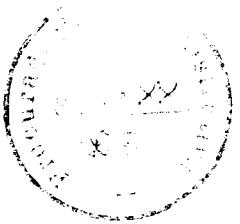
Primeiramente registro a demora na apreciação dos presentes autos em vista de que precisava ser solucionado o impasse existente entre o Estado e os Correios, no tocante à previsão de cláusulas prejudiciais ao Estado e que a Empresa de Correios insistia (e continua insistindo, no tocante à multa) na sua permanência.

Versa o presente feito sobre consulta formulada a esta Procuradoria-Geral do Estado, por meio do OF/GAB/SEPLAN/Nº 78/2008, à fl. 02 do Proc. nº 2008.008.000279-8, subscrito pelo Exmo. Secretário de Estado de Planejamento, acerca de contratação direta de prestação de serviços postais e venda de Produtos a Órgãos Públicos, com base no art. 24, inciso VIII da Lei nº 8.666/93, celebrado entre a Secretaria de Estado de Planejamento e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Instruem o processo os documentos elencados no Despacho da assessoria desta PGE, constante à fl. 13 do Proc. nº 2008.008.000279-8, bem como os documentos elencados em fls. 05/06 constantes do Processo nº 2008.008.000879-3 em anexo.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



II – FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Dos casos de contratação direta por dispensa de licitação

Formulou a SEPLAN consulta acerca da legalidade da contratação direta, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, da EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, no valor global de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por um período de 12 (doze) meses.

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, inciso XXI, consagra a necessidade de realização de prévio procedimento licitatório como condição para a efetivação de compras, serviços, obras e alienações pelos entes estatais. Entretanto, o aludido dispositivo ressalva "os casos especificados na legislação", deixando em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Deve-se asseverar, contudo, que embora a Carta Magna admita a realização de contratações sem o prévio procedimento licitatório, estas somente são admitidas em estritas hipóteses, devidamente justificadas, justamente em virtude de ser a licitação a regra, devendo a dispensa ocorrer somente se configuradas as hipóteses exequivas previstas em lei.

Nesse sentido, pondera Marçal Justen Filho¹ que:

"Como é usual se afirmar, a 'supremacia do interesse público' fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública, o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um outro procedimento, em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras. **Essa flexibilidade não foi adornada de discricionariedade. O próprio legislador determinou as hipóteses em que se aplicam os procedimentos licitatórios simplificados. Por igual, definiu os casos de não-incidência do regime formal de licitação.** A contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa."(destacou-se)

Dentro desse panorama teórico, as hipóteses de dispensa de licitação devem sempre ser interpretadas restritivamente, de forma que mesmo nas contratações diretas fiquem assegurados os princípios norteadores da atividade administrativa. Aliás, deve ser ressaltado que as hipóteses de dispensa previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, são taxativas, consoante observa Jessé Torres Pereira Júnior²:

"As hipóteses de dispensabilidade do art. 24 constituem um rol taxativo, isto é, a Administração somente poderá dispensar-se de realizar a competição se ocorrente uma das situações previstas na lei federal. Lei estadual, municipal ou

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11º ed. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 227/228.

² TORRES JÚNIOR, Jessé Pereira. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 4º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 166.


ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



distrital, bem assim regulamento interno da entidade vinculada não poderá criar hipótese de dispensabilidade".

No caso concreto, a situação versada se amolda ao que menciona o artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

"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;" (destacou-se).

Além desses, devem ser objeto de análise os requisitos para qualquer tipo de contratação por dispensa de licitação.

2.2. Dos requisitos para que a dispensa de licitação se opere legitimamente

2.2.1. Que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno

Ao analisarmos a expressão "pessoa jurídica de direito público interno", entendemos que esta abrange certos tipos de pessoa com regime jurídico próprio e inerente, conservando assim determinadas prerrogativas.

No caso concreto, o Estado do Acre, através da Secretaria de Estado de Planejamento – SEPLAN, é entidade da Administração Direta, portanto, pessoa jurídica de direito público interno.

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

Em caráter preliminar, dever-se-á estabelecer uma diferença entre a prerrogativa de contratação direta, que o inciso *in examen* estabelece em favor do contratante, e a possibilidade de venda ou prestação direta de serviços por parte do órgão ou entidade contratada.

Para a contratação, a Administração está sujeita ao processo licitatório, seja para comprar ou vender, ou para prestação de serviços. Dessa afirmativa extrai-se que o contratante pode ter autorização legal para promover a contratação direta, porém o contratado, ao promover a alienação direta de seus bens, deverá igualmente estar munido de amparo legal expresso, nesse sentido, o mesmo pode ser afirmado em relação aos serviços quando está na condição de prestador.

Assim, as entidades da Administração podem ocupar qualquer um dos pólos da relação contratual, mas apenas uma é, no estrito âmbito da legalidade, a contratante (no caso o Estado do Acre, através da SEPLAN), possuindo a outra, por consequência, a condição de contratada, ou seja, a ECT, sendo que somente à primeira cabe a utilização de cláusulas exorbitantes.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos atende tal requisito, pois é órgão que integra a Administração Pública indireta, constituída como Empresa Pública nos termos do Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969.


ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA



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

Este requisito é intrínseco para que a contratação direta se opere, pois o objeto a ser contratado pela Administração deve ser estritamente correlato com a finalidade do órgão a ser contratado.

Não perfaz amparo legal que permita a Administração Pública contratar diretamente qualquer órgão da Administração. O dispositivo em comento afirma imperiosamente que na criação desse órgão, o que deve ficar caracterizado é a **finalidade precípua**.

In casu, compete a ECT executar, controlar, planejar, implantar e explorar o serviço postal³ (que constitui o serviço de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondências, valores e encomendas) e também o serviço de telegrama em todo o território nacional.

Assim, conclui-se que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos encontra-se inserida no aludido requisito.

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

Com o advento da Lei nº 8.883/94, fora feita uma alteração na Lei 8.666/93, inscrevendo assim um limite de tempo como requisito autorizador de uma contratação direta.

De acordo com o Professor Jorge Ulisses Jacoby: "Importante registro deve ser feito em relação à data-limite da criação do órgão ou entidade para que se 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 8.883/94, o limite a ser considerado é o da vigência da lei 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, enquanto 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". (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação Direta sem Licitação. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. pp. 443/444)

No caso em exame, em 20 de março de 1969, o antigo Departamento de Correios e Telégrafos, por meio do Decreto-Lei nº. 509, foi transformado em empresa pública - Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, não estando, portanto, inserido na restrição supra referida.

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

Este requisito aduz o mesmo caso do inciso III do art. 26 da Lei 8.666/93, onde deverá ser demonstrado no decorrer do processo de dispensa de licitação, que o valor proposto tem compatibilidade com o praticado no mercado.

³ Consoante o Art. 2º do Decreto-lei nº 509/69 que transformou a ECT em empresa pública, compete à mesma executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Desta feita, deverá restar comprovado que a proposta tarifária da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos reflete ao preço de mercado, através da juntada aos autos de documento oficial (portaria vigente) que fixa preço único para os serviços postais prestados de maneira exclusiva pela ECT. Ainda, há de se esclarecer por meio de uma pesquisa de mercado a fim de ratificar o valor proposto, demonstrando que o preço contratado para o serviço de entrega expressa - SEDEX (excluído do monopólio), corresponde ao de mercado.

Portanto, a contratação direta, no presente caso, restou caracterizada como a meio útil e único para atender as necessidades da SEPLAN. Assim, respeitando os requisitos dispostos no artigo 24, inciso VIII, da Lei nº. 8.666/93, verifica-se que a contratação direta por dispensa de licitação atém-se às prescrições legais.

Saliente-se, por fim, que a contratação da ECT, na parte referente aos serviços postais, poderia também, ser fundamentada no caput do art. 25 da Lei 8.666/93, uma vez que a mesma detém o monopólio do serviço que a Administração pretende contratar.

2.3. Instrução dos processos de contratação direta: fases do procedimento

Saliente-se que o procedimento da dispensa apresenta fases próprias, atípicas em relação aos demais procedimentos administrativos regulados por lei, e sua conclusão de forma correta foi erigida como condição de eficácia dos atos pelo legislador. Portanto, a rigor, mesmo que o contrato tenha sido assinado, **enquanto não acabados os procedimentos delineados no art. 26 o mesmo não pode produzir efeitos válidos sob a ordem jurídica**.

De acordo com o artigo 26 e parágrafo único da Lei nº. 8.666/93, são procedimentos necessários para a realização da contratação direta:

- a) razão da escolha do fornecedor ou executante: *in casu*, a contratação direta com entidade prestadora de serviço público – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que possui exclusividade na exploração dos serviços que constituem monopólio da União, conforme definição da Lei nº. 6.538, de 22 de junho de 1978.
- b) comunicação à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 05 (cinco) dias, da dispensa de licitação, como condição para eficácia dos atos: deverá ser providenciada

Além desses requisitos, os documentos de habilitação da empresa contratada deverão ser aqueles a que se refere o art. 27 da Lei de Licitações, a seguir detalhados e constantes do Proc. nº 2008.008.000879-3:

- a) Quanto à habilitação jurídica:

1. ato constitutivo: **presente** (fls. 15/38);

- b) Quanto à regularidade fiscal:



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1. prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes (CNPJ): **presente** (fl. 67);
2. prova de regularidade para com a Fazenda Federal e Dívida Ativa da União: **presente e vencida** (fl. 11);
3. prova de regularidade para com a Fazenda Estadual: **presente e vencida** (fl. 07/08);
4. prova de regularidade para com a Fazenda Municipal: **presente e vencida** (fl. 09);
5. prova de regularidade relativa à Seguridade Social: **presente e vencida** (fl. 10);
6. prova de regularidade junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço: **presente e vencida** (fl. 12).

c) Quanto ao cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF:

1. declaração da potencial contratada de que não submete menores de 18 anos a trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de que não oferece qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir de 14 anos: **presente, entretanto em cópia não autenticada** (fl. 13).

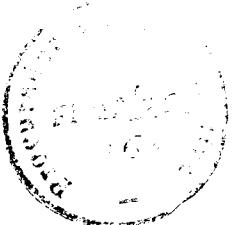
Assim, deverá a SEPLAN solicitar à ECT a substituição da documentação que não esteja em cópia autenticada, vencida e que porventura venha a vencer antes de firmar o contrato, bem como aquela que vencer durante a execução do serviço, posto tratar-se de requisito obrigatório a ser atendido, consoante art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8666/93.

Saliente-se que em razão do disposto no art. 32, §1º, da Lei de Licitações não há necessidade de juntar toda documentação contida nos art. 28 a 31 do referido diploma legal.

E recomenda-se, por fim, que após o encaminhamento dos autos à SEPLAN, a autoridade consulente adote, além das sugestões alhures mencionadas, as seguintes condutas: observância das formalidades da execução contratual prevista no art. 73 da Lei nº. 8.666/93; e o pagamento das faturas com observância do que prescreve o art. 5º.

2.4. Da previsão de recursos

Atente-se que tanto a Constituição da República, em seu art. 167, como a Lei nº 8.666/93, no inc. III do § 2º do art. 7º, art. 14, art. 38 e no inc. V do art. 55, exigem a previsão orçamentária para efeito de efetivação de despesa. **Em relação a esse ponto foi indicada nos autos (fl. 72) a rubrica orçamentária específica para as despesas: Programa de Trabalho: 713.002.4121205620610000 - Elemento de Despesa: 3.3.90.39.00 e Fonte de Recursos: 100 Recursos Próprios.**



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

2.5. Da minuta do contrato

Em análise minuciosa de autos semelhantes (igual objeto e contratada), esta Especializada emitiu o PARECER PGE/PA nº 137/2007, da lavra deste subscritor, orientando a Secretaria de Estado de Segurança Pública acerca da possibilidade da contratação direta da ECT para a prestação de serviços postais, não obstante a observação de algumas recomendações lá descritas.

De posse de modelo de contrato anexado ao Parecer, a ECT produziu nova minuta contratual que nos foi encaminhada, cuja cópia esta PGE determinou sua juntada às fls. 76/85 dos autos do Proc. nº 2008.008.000879-3, que deve ser utilizada pela SEPLAN para assinatura, com base na qual passará a tecer as seguintes considerações:

A minuta contratual apresentada pela ECT, diga-se, paradigma para a contratação em comento, inclui na Ementa e na Cláusula Primeira, que trata do Objeto, a venda de produtos postais.

Esclareça-se, por oportuno, que segundo informação da técnica da Divisão Administrativa da SEPLAN (fl. 86 do Processo nº 2008.008.000879-3), dos produtos disponíveis pelos Correios, o único que interessa é o selo. Por se tratar de produto acessório, entendemos que o valor do selo pode estar contemplado no montante geral da contratação de serviços realizados pelos correios, permitindo que o contrato, em sua integralidade, possa ter a vigência para além do fim do exercício financeiro, uma vez que os serviços de correspondência são considerados de natureza contínua.

Ainda quanto ao objeto contratual, não obstante tenha o Anexo II do Termo de Referência abrangido mais serviços do que os constantes na Cláusula Primeira da minuta de contrato (fl. 76 do processo nº 2008.008.000879-3), verifica-se que o Termo (fl. 70) foi baseado na Cláusula Primeira da versão de minuta apresentada à fl. 54. Em reunião com a Srª Vera, da Divisão Administrativa da SEPLAN, no dia 11 de novembro corrente, ficou acertado que os serviços seriam aqueles constantes da fl. 76, acrescidos do telegrama fonado. Assim, necessárias as seguintes providências:

- a) retificação do Termo de Referência de fl. 70;
- b) inclusão da "Transmissão de Telegrama Fonado" como alínea "d", do item 1.1.1 da Cláusula Primeira da minuta de fl. 76;
- c) incluir como item 2.6, 2.61 e 2.62 à fl. 77 (renumerando o antigo item 2.6 para 2.7 e assim sucessivamente) a redação dos item 2.9, 2.91 e 2.92 constante da fl. 55, uma vez que a SEPLAN preferiu incluir no objeto contratual os serviços de transmissão de telegrama fonado; da mesma forma, incluir o item 4.1.1, no Cláusula Quarta da minuta, que trata sobre o preço e o reajuste contratual (fl. 79), a redação do item 4.1.1 constante da minuta de fl. 57.

Quanto à multa cobrada na base de 2% (dois por cento) por atraso no pagamento, esta PGE recomendou à SESP, no Parecer PGE/PA nº 137/2007 (Processo 2007.020.011813-5) sua exclusão (item 7.2, da Cláusula Sétima). No entanto, a pretendida contratada informou-nos, posteriormente, que a Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.961, de 06 de dezembro de 1996, publicada no DOU em 12 de dezembro de 1996, com o fito de uniformizar as obrigações recíprocas entre os usuários e a ECT, determinou que em caso de atraso de pagamento pelos serviços prestados pela ECT seja cobrada a multa de até 2% (dois por cento), nestes termos:



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

"**O MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES**, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, Parágrafo único, inciso II, da Constituição,

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar e disciplinar as obrigações recíprocas entre os usuários e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; e

COSIDERANDO as condições favoráveis que se consolidam com a estabilidade da economia do País, resolve:

Art. 1º A multa por atraso de pagamento de fatura de Serviços Postais e Telegráficos, definidos nos artigos 9º e 27º da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, estará limitada ao **percentual máximo de 2% (dois por cento) do valor da fatura**, devida, uma única vez, no dia seguinte ao vencimento.

Art. 2º Caso a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos opte pela aplicação de multa em percentual inferior ao máximo permitido, obrigatoriamente, observar as mesmas condições em todo território nacional, vedada a fixação de percentuais diferenciados por região ou tipo de serviço a que alude o art. 1º desta Portaria.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 1997, revogando as disposições em contrário.

SERGIO MOTTA"

Nessa questão, dedicamos um tópico específico para tratar da legalidade da multa cobrada pela ECT, senão vejamos:

2.5.1 Da multa e da verticalidade do contrato Administrativo

A Cláusula Sétima da Minuta Contratual, que trata do inadimplemento, traz no tópico 7.2, a seguinte redação:

"Ocorrendo atraso de pagamento, o valor devido será atualizado financeiramente, entre as datas prevista e efetiva do pagamento, de acordo com a variação da taxa referencial do Sistema de Liquidação e Custódia - SELIC, ocorrido entre o dia seguinte ao vencimento da obrigação e o dia do efetivo pagamento, **acrescido de multa de 2% (dois por cento) e demais cominações legais, independente de notificação.**" (grifo nosso)

Dessume-se da inteligência do tópico supra, que em caso de atraso de pagamento pela utilização dos serviços postais e telemáticos, o Estado do Acre deverá pagar multa de 2% (dois por cento) à ECT. Como dito anteriormente, essa multa é derivada da Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.961, de 06 de dezembro de 1996, que no entanto, não se amolda aos ditames estabelecidos pela Lei nº 8.666/93, bem como, ao entendimento, inclusive, sumulado, do Tribunal de Conta da União.

Ressalte-se, ainda, que a respeito da matéria esta Procuradoria-Geral do Estado já tem entendimento pacificado, a teor do PARECER PGE/PA Nº 155/2006, da lavra do Procurador Marcos Antonio Santiago Motta, quanto à inaplicabilidade da multa imposta por pretenso contratado ao Estado do Acre por atraso de pagamento.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Nesse diapasão, faremos um adendo quanto à rescisão contratual, em especial ao rompimento unilateral e aplicação de multa. Vejamos o artigo da Lei de Licitações e Contratos:

"Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I – **não cumprimento de cláusulas contratuais**, especificações, projetos ou prazos;

II – **o cumprimento irregular** de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

(...)

XV – o atraso superior a 90 (noventa dias) dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, **assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação**;

(...)

Dispõe, ainda, o art.79 do mesmo diploma legal:

"Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I – determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;

(...)

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este resarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I – devolução de garantia;

II – pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III – pagamento do custo da desmobilização.

(...)." (Grifei)

Consoante se observa do texto legal, a Administração Pública, detectando qualquer das situações dos incisos I a XII e XVII do art. 78, poderá rescindir unilateralmente o contrato. Estabelece, ainda, nos termos do parágrafo único, que em caso de rescisão unilateral fulcrada nos incisos XII a XVII do art. 78, que porventura gere prejuízo ao contratado, será devida indenização pelas perdas comprovadas, abrangendo os danos emergentes e lucros cessantes, reunindo, ainda: 1) a devolução da garantia, desde que não haja alguma responsabilidade do contratante pendente; 2) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; 3) "custo da desmobilização", que compreende as despesas necessárias à liberação de máquinas e equipamentos e liquidação do passivo trabalhista, custos estes que estariam compreendidos nos valores remanescentes previstos no contrato⁴.

Conforme se observa, a lei faz referência à indenização aos prejuízos sofridos pelo contratado, quando da rescisão contratual precoce, **por razões de conveniência da Administração Pública**, determinando, inclusive, o ressarcimento cabível

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 798.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

em caso de comprovação de danos. **Não há, contudo, qualquer previsão de aplicação de multa à Administração, o que, aliás, colidiria frontalmente com o regime jurídico administrativo, o qual estabelece a supremacia da Administração Pública e do interesse público.**

Por oportuno, registre-se que o inciso XV do artigo 78 da Lei 8.666/93, **faculta ao particular rescindir o contrato firmado ou suspender o cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação** em caso de atraso no pagamento pela Administração Pública. Outrossim, não autoriza em nenhum momento a imposição de multa contratual à Administração. No que concerne à rescisão por ato unilateral da Administração, esta tem arrimo nas diversas hipóteses previstas pelo artigo 78 da Lei 8.666/93, acima mencionadas.

Dessa forma, qualquer previsão de multa moratória ou decorrente de rescisão por ato unilateral da Administração Pública é destituída de fundamento legal e de amparo jurisprudencial e doutrinário.

A respeito, o Tribunal de Contas da União já firmou entendimento por meio da Súmula 226, nestes termos:

"É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa."⁵

Verifica-se no caso, que não há dispositivo legal autorizador da cobrança da multa de 2% (dois por cento), vez que a Portaria nº 1.961/96 que sustenta a cobrança da sanção pecuniária é ato infralegal. Assim, para que o tipo infracionário possa ser aplicado por meio de Portaria, Resolução, Circular, dentre outros atos, necessário que a lei (ordinária, complementar) faça a indicação, sob pena de violação do princípio da reserva legal.

Reforçando o entendimento, vale ressaltar precedente do STJ, da relatoria da Ministra Eliana Calmon⁶

ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEI 4.595/64.

1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção.
2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (**portarias**, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.
3. Recurso especial improvido.

Diante da situação apontada nos autos, importante adentrar, sucintamente, nas modalidades de contratos realizados pela Administração.

⁵ Nova redação aprovada na Sessão Extraordinária de Caráter Reservado de 31/07/2002, in DOU de 13/08/2002. Redação original in DOU de 03/01/1995.

⁶Conforme sítio:
https://www2.stj.gov.br/revistaeletronica/Acre_Documento.asp?slg=4TC&ssq=1595208&Prgn=1001001-5140&Data=20030512&slp_o=5&formato=PDF. Disponível em 26/09/2008



ESTADO DO ACRE PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

O Estado, na condição de pessoa jurídica de direito público e, portanto, sujeito apto a contrair direitos e obrigações, pode celebrar dois tipos de contratos da Administração: a) um, regido, em tese, pelas regras do Direito Privado; b) dois, o denominado "contrato administrativo" que é regido pelo Direito Administrativo. Há um terceiro contrato, restrito para as relações trabalhistas, que segue os ditames do Direito do Trabalho.

Focaremos nas duas primeiras espécies de contrato. Quando a Administração Pública celebra contratos regidos pelo Direito Civil ou Empresarial, como por exemplo, os contratos de locação, permuta, doação, seguro, dentre outros, ela ocupa uma posição de horizontalidade em relação ao particular. Dito de outro modo, a Administração fica numa posição de igualdade em relação ao particular, sem privilégios ou regalias, muito se aproximando da situação jurídica do contratado.

No entanto, apesar dessa espécie de contrato da Administração ser regido pelo Direito Privado, o Estado, ocupando uma posição político-administrativa, sempre exigirá algumas formalidades prévias reguladas pelo Direito Administrativo, consoante a disposição do art. 62, §3º, da Lei nº 8.666/93, mas que não comprometem a natureza jurídica da relação contratual privada estabelecida. A respeito disso, alguns autores preferem chamá-los de contratos semipúblicos⁷.

A outra espécie de contrato da Administração, denominado "contrato administrativo", é figura peculiar dentre todos os outros contratos em que tenha como contratante o Estado, uma vez que é regido pelo Direito Público, especificamente, pela Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores.

Nessa figura contratual a Administração Pública, em razão do interesse público, reveste-se de poderes diferenciados, manifestados pelas chamadas "cláusulas exorbitantes", que permitem que a Administração tenha uma posição de supremacia em relação ao contratado. Dessa forma, a fim de prestigiar o objeto do contrato e, por conseguinte, atingir a finalidade pública, o Estado pode rescindir ou alterar o contrato unilateralmente, fiscalizar a execução do mesmo, aplicar sanções, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis etc.

Nesse sentido, vale transcrever a lição de José Cretella Júnior

"é um acordo de vontades, de que pratica o Estado, submetido a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas 'exorbitantes' e 'derrogatórias' do direito comum".⁸

Aduz, ainda, Carlos Pinto Coelho Motta⁹

"Para nós, trata-se de um tipo de ajuste, sujeito a regime jurídico de direito público, que a Administração celebra em posição de supremacia, para a consecução de fins de interesse público".

Conclui-se, portanto, que a Administração Pública ocupa, na situação contratual, uma posição de verticalidade (contratante) em relação ao particular (contratado).

⁷ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2^a ed. ver. atual. ampl. 2004. p. 508.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. p. 331.

⁹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2^a ed. ver. atual. ampl. 2004. p. 505.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Analisando o caso em tela, tem-se uma situação diferente daquelas apontadas acima, vez que a relação jurídica a ser criada não é de Direito Privado, pois o pretenso contratante (ECT), apesar de integrar a Administração Indireta, não exerce atividade econômica, e nem aparenta ser uma relação típica do "contrato administrativo", que é Administração Pública versus particular. Diferentemente, é uma relação entre o Estado do Acre (Administração Pública Direta) e uma Empresa Pública Federal que presta serviços públicos (Administração Pública Indireta).

Nesse sentido, importante colocação de José dos Santos Carvalho Filho¹⁰:

"Não será comum, mas em tese, é possível que ambos os sujeitos do contrato sejam pessoas administrativas, e nesse caso será ele administrativo em razão da própria natureza dos pactuantes. Observamos, porém, que esse tipo de contrato tem regime próprio em que **não incidem alguns postulados dos contratos administrativos, como o da supremacia das partes (...)**

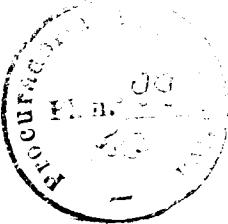
O sentido de Administração comporta não só a Administração Direta como a Indireta, de modo que, além das pessoas federativas, podem ser partes do contrato administrativo as entidades a elas vinculadas, caso das autarquias, sociedade de economia mista, empresas públicas e fundações públicas. Além dessas pessoas, a lei inclui na concepção de Administração Pública outras entidades que sofrem controle direto ou indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, fato que indica ter o legislador fixado âmbito bem largo para o sentido da expressão **Administração Pública**". (grifo nosso)

Conclui-se da lição acima esposada que quando a relação contratual é travada entre órgãos ou entidades da Administração Pública, a verticalidade do contratante, fator diferencial do contrato administrativo, torna-se mitigada, vez que ocorre um encontro "de forças administrativas". Na verdade, é um encontro de interesses públicos, ou seja, de finalidades públicas, cada uma na sua esfera específica. Vejamos o caso em apreço.

A ECT, ligada ao Ministério das Comunicações (União), promove a prestação de serviços postais, como resultado constitucional da competência exclusiva atribuída à União no art. 21, inciso X e privativa contida no art. 22, inciso V. Do outro lado encontra-se o Estado do Acre, necessitando da prestação dos serviços postais. Tais serviços só podem ser realizados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, consoante monopólio estabelecido pela Lei Federal nº 6.538/78, para possibilitar o desenvolvimento das atividades da SEPLAN, atividades essas de planejamento, coordenação e execução de políticas públicas de governo, através da comunicação postal dessa Secretaria em âmbito nacional e internacional, a fim de possibilitar o cumprimento de suas metas, atraindo investimentos e induzindo o desenvolvimento sustentável e institucional do Acre.

Nesse contexto, apesar dos interesses buscados pelas duas entidades públicas terem propósitos específicos nas suas respectivas esferas (serviços postais – ECT e a SEPLAN), acabam por convergir numa mesma finalidade: continuidade do serviço público através da comunicação postal. No entanto, apesar dessa confluência, um entrave flagrantemente ilegal foi criado pela ECT ao estabelecer na minuta contratual a multa de 2% (dois por cento) em caso de atraso de pagamento.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. rev. Campinas: 2008. p. 164.



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Focando a multa imposta pela ECT, sob a ótica da verticalidade dos contratos administrativos, verifica-se que aquela Empresa Pública, **apesar de figurar como contratada, está invertendo sua posição na relação contratual ao impor uma condição (multa) como se estivesse numa posição de superioridade administrativa** – que, como dito anteriormente, não há no caso em apreço, esculpindo uma situação absolutamente inviável sob a ótica da legalidade.

Por oportuno, vale ressaltar que pelo princípio da legalidade a Administração Pública, seja direta ou indireta, só pode agir dentro daquilo que a lei permite. Se a Lei nº 8.666/93, ou outro dispositivo legal, não abre possibilidade de cobrança de multa para Administração, na condição de contratante, e, pelo contrário, a ela dá a oportunidade de cobrança em caso de descumprimento contratual pelo particular, não há como a ECT, na condição de contratada, impor multa ao Estado do Acre.

Dessa forma, impossibilitada está a cobrança de referida multa ao Estado do Acre, primeiro porque a ECT não tem, em relação ao mesmo, uma posição de verticalidade que possa permitir a supremacia das partes; segundo, porque referida sanção pecuniária foi instituída pela Portaria do Ministério das Comunicações nº 1.961, de 06 de dezembro de 1996, em dissonância com o princípio da reserva legal.

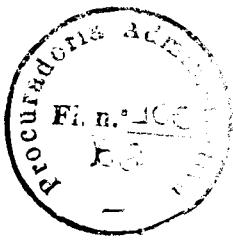
Dentro desse contexto, repise-se a necessidade da SEPLAN na contratação dos serviços postais para possibilitar o desenvolvimento das atividades meio e fim para a Capital e interior do Estado, bem como, facilitar a comunicação no âmbito nacional e internacional, sob pena de comprometer a continuidade da comunicação e transporte de objetos, sugerindo, dessa forma, à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que reveja seu posicionamento sob a ótica a legalidade, excluindo da Cláusula Sétima, item 7.2, a última parte, nestes termos “acrescido de multa de 2% (dois por cento) e demais cominações legais”. **Resta esclarecer que, caso a ECT entenda novamente pela aplicabilidade, a exação apontada não terá eficácia em desfavor do Estado do Acre, por não estar acobertada pelo manto legal.**

Outrossim, embora o item 4.2.3 tenha previsto a possibilidade de redução do prazo mínimo de 12 meses para o reajuste contratual por ato do Poder Executivo, referida previsão contrapõe-se à Lei do Plano Real (Lei Nº 9.069, de 29 de junho de 1995), que não prevê exceções à periodicidade dos reajustes. Atente-se que por ato normativo, em decorrência do “Poder do Príncipe”, a ECT pode estabelecer que o Instituto da revisão contratual possa ocorrer com periodicidade inferior a 12 meses. Assim, sugere-se a seguinte redação para o item 4.2.3:

“4.2.3. Pelo Instituto da revisão contratual, os prazos estipulados nos subitens 4.2.1 e 4.2.1.1. podem ser reduzidos se o Poder Executivo assim o dispuser por ato Normativo.”

Ainda quanto à minuta contratual, fazem-se necessários as seguintes alterações:

- alterar, em toda a minuta, a seguinte expressão: “A Contratante” para “O Contratante”, uma vez que quem contrata é o Estado do Acre e não a Secretaria de Estado, que apenas o representa;



ESTADO DO ACRE
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

- excluir os itens 13.9 e 13.10 da Cláusula Décima Terceira, vez que se encontram dubiamente redigidos, consoante observação respectiva dos itens 13.7 e 13.8, devendo o item 13.11 ser renumerado para 13.9.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, desde que cumpridas as recomendações do presente Parecer, e observada a minuta de fls. 76/85, temos que a situação em tela subsume-se à hipótese de contratação direta, por dispensa de licitação, de acordo com a previsão do art. 24, inc. VIII da Lei 8.666/93, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, no valor de até R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), pelo período de 12 meses, para os serviços postais, telemáticos e adicionais, que são de natureza contínua (o que permite ser ultrapassado o exercício financeiro).

Há de ser ressaltado, por fim, que a Administração Pública deverá cumprir as exigências constantes do artigo 26 da Lei nº. 8.666/93, devendo, ainda, a dispensa de licitação ser comunicada à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial.

S. M. J., é o Parecer.

Rio Branco-AC, 12 de novembro de 2008.

Davida Laerte Vieira
Procurador do Estado
Dec. nº 5.023-02

Davida Laerte Vieira
Chefe da Procuradoria
Administrativa
Parecer 053/2008/PGL/AC