

PARECER JURÍDICO Nº 271/2021-ASJ/SEGEF

REQUERENTE: SECRETARIA DE GESTÃO FAZENDÁRIA (SEGEF)

ASSUNTO: ABERTURA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL PARA ATENDER AS NECESSIDADES DA SEGEF.

EMENTA: LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. DISPENSA. CONTRATO MÚLTIPLO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉFONOS – ECT. AFASTADA A HIPÓTESE DE INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO ENQUADRAMENTO AO ART. 24, VIII, LEI Nº 8.666/93.

I. DA SÍNTESE DA CONSULTA

Trata-se de consulta solicitada à Assessoria Jurídica a respeito da contratação de empresa – ECT – para prestação de serviços postais e impressão de cartas referentes a IPTU e TLLF de 2023.

A Diretoria Administrativa elaborou o Termo de Referência, constando o quantitativo de 300.000 (trezentos mil) documentos.

Após, os autos vieram para análise jurídica.

É o relatório.

Passa-se à análise jurídica.

II. ANÁLISE JURÍDICA.

Preliminarmente, ressalta-se que o objeto do presente parecer diz respeito apenas à questão de legalidade a ser avaliada, não cabendo adentrar, portanto, em aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, reservados à esfera discricionária da autoridade competente.

II.1. DA CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DA CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vige no ordenamento jurídico brasileiro o princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação para as aquisições de bens e contratações de serviços realizadas pela Administração Pública de todos os entes federativos, nos termos do art. 37, inciso XXI, que transcrevemos *in verbis*:

Art. 37. (omissis)

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

de qualificação técnica econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (destacou-se)

Essa obrigatoriedade, entretanto, não é absoluta, sendo admitidas exceções estabelecidas por lei por intermédio das contratações diretas, conforme trecho destacado no dispositivo acima transcrito.

As contratações diretas possuem, como regra geral prevista na Lei nº 8.666/93, 03 (três) espécies: a) a dispensa de licitação; b) inexigibilidade; e c) licitação dispensada.

Enquanto as hipóteses das dispensas de licitação e da licitação dispensadas representam um rol taxativo, sendo utilizados apenas nas situações expressamente previstas na Lei nº 8.666/93, entretanto, a referida conferiu à inexigibilidade um caráter exemplificativo, não se restringindo apenas naquelas elencadas no art. 25.

Vale ressaltar que, no caso concreto, a contratação direta com fulcro no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93 não é possível, pois não se está diante de situação que se amolde exclusivamente à hipótese de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição.

Tal situação apenas seria possível se a contratação tivesse por objeto apenas a prestação de serviços postais de correspondência, em razão de tratar-se de serviço público exercido em regime de privilégio, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.538/78 e ADPF nº 46 pelo Supremo Tribunal Federal, a qual foi ementada:

ARGUIÇÃO 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. ARGUIÇÃO 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.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

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.

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' (destaquei).

Por conseguinte, os serviços que não estiverem previstos no art. 9º da Lei 6.538/78 não são objeto de monopólio da ECT. Dito isto, o serviço de “análise de base de dados, com impressão off set” de documentos, descrito no termo de referência, em razão de poder ser prestado por outros fornecedores, afasta a possibilidade de inviabilidade de competição, de modo que a contratação não se enquadra no mencionado art. 25, caput, da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, considerando que a dispensa de licitação com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 compreende, inclusive, os serviços monopolizados, seria viável, a critério do gestor, a realização de um único procedimento de dispensa para contratar todos os serviços objeto do instrumento em análise.

Sendo assim, no caso em análise, deve-se analisar a viabilidade de dispensa de licitação para a contratação pretendida, com fulcro no art. 24, inciso VIII da Lei nº 8.666/93:

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.

Sobre o dispositivo, ensina a doutrina brasileira:

A hipótese de dispensa deriva da concepção racional de que pareceria ilógico que a Administração Pública concebesse um certame de disputa de ofertas para a aquisição de

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

bens e serviços por ela mesma produzidos, através de pessoa jurídica criada para esse fim específico.

Discorda-se do entendimento de que a licitação nesse caso seria incogitável. É sim, até porque, caso não o fosse, estaríamos diante de um caso de inexigibilidade. O certame poderá até ser necessário, prejudicando a possibilidade de dispensa, caso o preço ofertado pela pessoa jurídica pertencente à Administração seja superior ao de mercado. Trata-se de uma faculdade permitida ao gestor, desde que verificados os elementos previstos no dispositivo legal.

Noutro diapasão, respeitados os requisitos no inciso VIII do artigo 24, quando o Estado pretende bem ou serviço produzido em seu seio organizacional, é difícil compreender que o administrado busque externamente aquilo que está a seu alcance e que pode obter sem o necessário e dispendiosos certame licitatório, exigido para contratar com eventuais entidades estranhas a seu universo orgânico. Tal situação, em tese verificável, deve ser fundamentada em concretas e relevantes vantagens para o interesse público. (TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2021, fls. 362-363)

Para se enquadrar nessa hipótese de contratação direta, segundo a previsão legal, doutrina e jurisprudência, deve haver compatibilidade do preço praticado ao mercado.

Tal exigência, além de prevista no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, também está contida no art. 26, parágrafo único, III, da Lei nº 8.666/93, *in 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.

Sendo assim, a escolha do fornecedor decorre, principalmente, pelo fato da ECT se tratar de empresa pública que tem como finalidade a prestação de serviços regulares, padronizados e a custo acessível, com evidente redução de custo, conforme de depreende das manifestações técnicas acostadas. Portanto, com as razões acima expostas, entende-se atendida a demonstração das razões de escolha do executante.

Desta forma, a contratação direta da ECT demonstrará a observância dos princípios atinentes à licitação, principalmente os da impessoalidade, moralidade, probidade e julgamento objetivo, além das

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

exigências gerais previstas na lei de licitações, tais como a demonstração de que o valor contratado é equivalente ao praticado no mercado e a motivação da decisão.

Assim, a contratação pauta-se no inc. VIII do art. 24 do Estatuto Licitatório, que trata a respeito da aquisição 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 da Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

É importante ressaltar que, neste caso, já existe um Contrato firmado com os Correios, mas que está com rescisão amigável programada para 20/11/2022, tramitado pelo Processo nº 12.397/2022, conforme justificativas e fundamentações expostas. Portanto, deve-se atentar para a rescisão, sendo possível, a partir daí, firmar novo ajuste.

Para auxiliar a análise jurídica, será utilizado o seguinte checklist:

II.2. CONTRATAÇÃO DIRETA - DISPENSA

2.1.1 CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA – INCISO VIII DA LEI Nº 8.666/93.

ATOS E DOCUMENTOS PARA INSTRUIR O PROCESSO	UNIDADE	OBSERVAÇÕES	SIM ou NÃO
a) Instauração de processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado	DA/SEGEF	art. 38, <i>caput</i> , da Lei Federal n. 8.666/1993	SIM
b) Justificativa da necessidade da contratação	DA/SEGEF		SIM
c) Autorização superior	GAB/SEGEF		SIM
d) Especificação do objeto	DA/SEGEF	Termo de Referência	SIM
e) Definição do preço estimado	DA/SEGEF	Quadro Comparativo a partir de Pesquisa de Preços	SIM
f) Análise jurídica prévia acerca da configuração ou não da hipótese de dispensa de licitação e minuta contratual	ASJUR/SEGEF	Art. 38, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/1993	SIM
g) Verificação da disponibilidade orçamentária	SEPOF		ATO POSTERIOR
h) Análise Jurídica Definitiva.	PROGE		ATO POSTERIOR
i) Análise orçamentária, contábil e financeira.	CGM		ATO POSTERIOR

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

j) Verificação dos documentos habilitatórios do fornecedor	DA/SEGEF		ATO POSTERIOR
k) Assinatura do contrato	DA/SEGEF		ATO POSTERIOR
l) Publicação do extrato contratual na imprensa oficial, no prazo de 10 dias contados da assinatura	DA/SEGEF		ATO POSTERIOR
m) Inclusão das peças no TCM.	DA/SEGEF		ATO POSTERIOR
n) Arquivamento	DA/SEGEF		ATO POSTERIOR

Quanto aos documentos habilitatórios, especificamente, no que tange às certidões de regularidade fiscal, deve-se observar que a Empresa de Correios e Telégrafos constitui uma Empresa Pública Federal prestadora de serviço público e, por esse motivo, possui imunidade tributária recíproca, na forma do art. 150, IV, da Constituição Federal, assim reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 601392-2013, vejamos:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal. Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF. RE 601392.Orgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Redator(a) do acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 28/02/2013. Publicação: 05/06/2013).

Desse modo, e para instrução processual, entende-se como suficiente para a instrução processual a apresentação de declaração quanto à imunidade tributária que lhe abrange, nos termos do art. 150, VI, a, da Constituição Federal.

No que se refere à minuta, esclareça-se que se trata de **contrato de adesão**, encaminhado pela ECT como CONTRATO MÚLTIPLO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E VENDA DE PRODUTOS, não sendo passível de modificações. O Código do Consumidor conceitua em seu art. 54 como "*aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo*".

Nestas hipóteses, deve-se dizer que a Administração Pública não age com as prerrogativas típicas de Poder Público, colocando-se como consumidora de serviço público entendimento esse que é adotado pelo

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

Tribunal de Contas da União (Decisão 537/1999-Plenário), sendo relevante citar, também, Parecer Vinculante da Advocacia Geral da União (Parecer GQ-170), que enuncia no item 109:

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 da contrato de adesão, que é o caso, é da concessionária, sob controle, exclusivamente, do representante do Poder Concedente (...)"

Aliás, frise-se que nesses casos as cláusulas contratuais não seguem o rigor dos arts. 55, 58 e 61 da Lei nº 8.666/93, aplicando-se no que for compatível, considerando o disposto pelo §3º do art. 62, da Lei 8.666:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)
§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: (...)

II – aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

Veja-se que, essencialmente, o objeto e o regime de execução do contrato - Cláusulas Primeira e Segunda - constam do Termo de Condições Operacionais e Comerciais anexos, relativamente ao serviço "e- Carta simples" que atenderá a Secretaria Municipal de Gestão Fazendária (incisos I e II do art. 55).

As obrigações das partes compõem a Cláusula Terceira do instrumento de contrato, incluindo as disposições do Termo de Condições Operacionais e Guia de Orientação para Utilização dos Serviços, que deverão ser observadas pelas partes, sob pena de configurar motivo para a rescisão do contrato, com a aplicação do art. 78 da Lei 8.666/93, e trâmite descrito na Cláusula Oitava.

Os critérios de reajuste constam da Cláusula Quinta do instrumento, havendo indicação do prazo mínimo de 12 (doze) meses para reajuste, resguardada a possibilidade de revisão para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, nas hipóteses previstas na Lei 8.666/93.

A cláusula de vigência prevê a celebração do contrato e a possibilidade de prorrogação limitada a 60 (sessenta) meses, conforme art. 57, II, da Lei 8.666/93, que trata dos serviços contínuos, devendo a contratação ser estabelecida pelo prazo de 12 (doze) meses.

A dotação orçamentária necessária para suportar as despesas tem indicação na Cláusula Décima do ajuste, e a indicação da hipótese de dispensa de licitação que fundamenta a contratação constitui a Cláusula Décima Primeira - dispensa de licitação prevista no inciso VIII da Lei 8.666/93.

PREFEITURA MUNICIPAL DE ANANINDEUA
SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO FAZENDÁRIA
ASSESSORIA JURÍDICA

Portanto, cabe a este Órgão Fazendário, em havendo interesse, aderir ao instrumento contratual e seus anexos, fundamentada na dispensa de licitação pela contratação de serviços prestados por entidade que integra a Administração Pública – ECT, tendo em vista que nesta hipótese se trata de contratação de adesão.

Eis a fundamentação jurídica.

III.CONCLUSÃO

Diante do exposto, opina esta Assessoria Jurídica pela possibilidade de contratação direta, por dispensa de licitação em razão contratação de órgão da administração pública, na forma do art. 24. VII, da Lei 8.666/93.

É o parecer que submetemos à superior consideração.

Ananindeua, 16 de novembro de 2022.

Paula Fernanda Bazzoni
Coordenadora Jurídica
OAB/PA n° 31.255