

Parecer da AGU autoriza a contratação direta dos correios para encomendas

Recentemente a Advocacia-Geral da União reafirmou seu entendimento quando à legalidade da contratação direta dos serviços de logística da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), como a remessa e a entrega de objetos e encomendas por parte dos órgãos e entidades da administração pública.

Esta questão foi originalmente tratada no âmbito da Advocacia-Geral da União no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011¹ que concluiu, na parte que interessa à presente análise, ser possível a contratação direta da ECT com fundamento no art. 24, VIII da Lei Geral de Licitações, para os serviços postais não exclusivos.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União, em dois julgados recentes (Acórdãos nº 1800/2016-P e 213/2017-P) decidiu a matéria em sentido diverso, entendendo por incabível a referida contratação Direta.

1 CONTRATAÇÃO DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT PARECERES DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS – DECOR, E JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

70. Ante o exposto CONCLUO:

- a) O serviço postal é serviço público (ADPF-46), de titularidade da União e 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 (ADPF n. 46);
- c) Os serviços postais são de duas espécies: exclusivos (monopólio, art. 9º da Lei n. 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 restrito (ADPF 46);
- f) A cláusula de rescisão unilateral nos contratos da ECT não é aplicável contra a Administração contratante nos casos de serviços exclusivos (monopólio do art. 9º da Lei n. 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 a XVII). (PARECER AGU/CGU/JCBM/ 0019/2011)

[...]

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 0289/2012

PROCESSO: 00400.011022/2010-72

INTERESSADO: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

ASSUNTO: Contratação da ECT por dispensa de licitação para serviços não exclusivos.

1. Aprovo o Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011. De fato, percebe-se que pode haver divergência de entendimentos entre o Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal, no que se refere à matéria no presente expediente discutida. Para este último, o STF, nos termos do decidido na ADPF 46, o serviço postal é um serviço público. A Empresa de Correios e Telégrafos, nesse sentido, não exerceria atividade econômica em sua dimensão restrita. De tal modo, segundo o decidido pelo STF, não se aplicariam, à ECT, em âmbito de serviços postais, os rigores dos princípios que consagram a livre-concorrência e a livre-iniciativa.
2. Por outro lado, o TCU teria assentado, ao que consta, que a Administração não pode contratar com a ECT com dispensa de licitação, ainda que o objeto da contratação seja constituído de serviços postais, complementares, isto é, não exclusivos.
3. Assim, em face da aparente divergência, e em decorrência da prerrogativa que o STF tem de fixar o entendimento de matéria constitucional, inclusive com efeitos vinculantes e absolutos, é que, deve-se pautar decisão que aponte pela possibilidade da Administração contratar com a ECT, com dispensa de licitação, em tema de serviços públicos postais não exclusivos, bem entendido.
4. No que se refere à abrupta interrupção do contrato, por rescisão unilateral, por parte da ECT, deve-se atentar para a impossibilidade dessa interrupção unilateral, na hipótese de contratação afeta a serviços postais exclusivos. Que é, ao que parece, a matéria substancialmente aqui debatida.
5. Concluindo: a) nos termos de decisão do STF os serviços prestados pela ECT são serviços públicos, em qualquer circunstância; b) por isso, inviável a interrupção do contrato, por provocação da ECT, nas hipóteses de avenças que se refiram a serviços postais exclusivos.
6. Por fim, concomitantemente à devolução do expediente à Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU, comunique-se ao DEAEEX, para gestão junto ao TCU, no que se refere a pedido de revisão de posição lá assentada, na matéria aqui revelada.
7. Dada a relevância do assunto, e de suas implicações no contexto da Administração Pública, submeto o presente despacho ao superior crivo do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União.

Brasília, 27 de março de 2012.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Consultor-Geral da União

No bojo do ultimo precedente, de 2017, que julgou os embargos de declaração opostos pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e pela AGU contra a decisão tomada pelo TCU, no acórdão 1800/2016-P, que entendeu que não há respaldo legal ou jurisprudencial para a contratação direta da ECT para prestação de serviços de logística, mediante dispensa de licitação com suposto esteio no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993, a corte de contas manteve a posição já constante da primeira assentada, sem qualquer alteração.

O Tribunal deliberou que o serviço de logística não é serviço público (postal), mas sim atividade econômica em sentido estrito, e que por tal razão, não seriam subsumíveis ao comando normativo encartado no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993.

No entendimento da Corte de Contas Federal, como os serviços não-exclusivos da ECT são fornecidos por outros potenciais fornecedores em igualdade de condições, a Administração estaria compelida à realização da licitação, sendo vedada o manejo da contratação direta do art. 24, VIII da LGL.

Diante da divergência de entendimentos, a questão foi então novamente enfrentada pela AGU no Parecer n. 101/2017/DECOR/CGU/AGU da Consultoria-Geral da União. Nesta manifestação a AGU esclarece que a Lei de Licitações (8.666/93) prevê, no art. 24, inciso VIII, a dispensa de licitação 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 contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

No entendimento da Advocacia-Geral, este é justamente o caso da contratação de serviços de logística dos Correios, uma vez que a ECT é entidade da Administração Indireta criada para prestar serviços postais e relacionados.

De acordo com o parecer, a possibilidade de a estatal ser contratada sem licitação é uma prerrogativa dada pelo legislador em contrapartida ao serviço público prestado por ela, uma vez que os Correios – ao contrário de empresas particulares – são obrigados a manter os serviços funcionando mesmo em locais remotos onde não há retorno financeiro.

Ademais, conforme restou esclarecido na manifestação da AGU, a dispensa de licitação não reclama a inviabilidade de competição como pressupôs equivocadamente o precedente do TCU, mas ao revés, ainda que seja possível a competição, a lei faculta ao administrador a não realização do certame.

Tratando agora especificamente do inciso em questão, ele extrai seu fundamento da descentralização por serviços. Assim, se o Estado possui um órgão ou ente que realiza o serviço almejado e sendo o preço compatível com o mercado, não há que se impor a licitação, tal como fez o TCU nos acórdãos em comento.

É o típico caso de dispensa de licitação que alguns conhecem como negócio interadministrativo. Para outros, é um típico caso de autocontrato, estando afastada a própria aplicação da Lei nº 8.666, de 1993. Este último entendimento, inclusive, é acolhido pela AGU na fundamentação da ON AGU nº 13, que estudaremos mais abaixo. Confira trecho da mencionada fundamentação:

Como se observa, em referida hipótese de dispensa de licitação, a Administração Pública “contratará” a aquisição de bens ou a prestação de serviços de órgão ou entidade que a integre e que tenha sido criado para aquele fim específico.

Na verdade, observa-se que a relação jurídica a ser travada entre as partes não se enquadra no conceito de contrato administrativo previsto no parágrafo único, do art. 2º, da própria Lei nº 8.666, de 1993, pois que o órgão ou entidade criado integra a Administração Pública, de modo que não pode ser qualificado como “terceiro”, nem tampouco “particular”.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Assim, independente da existência de referido dispositivo legal seria possível a “contratação” direta do órgão ou entidade pela administração pública, seja porque a relação jurídica a ser travada entre as partes não se enquadra no conceito de contrato administrativo previsto em lei, seja porque o órgão ou entidade fora criado para este fim específico, portanto, a “contratação” se dá ex legis, por força imperativa da lei.

De fato, não é razoável admitir que órgão ou entidade criado por lei para fornecer bens ou prestar serviços para a Administração necessite lograr êxito em certame licitatório para cumprir seus fins legais.

Um ponto importante a ser destacado é que a lei impõe como requisito específico para o correto manejo do inciso VIII do art. 24 que o órgão ou ente a ser contratado **tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei**. Buscando interpretar e orientar a atuação do gestor assessorado neste ponto da legislação, a AGU editou a ON nº 13, abaixo reproduzida:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 13, DE 1º DE ABRIL DE 2009
EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA QUE EXERÇA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO SE ENQUADRA COMO ÓRGÃO OU ENTIDADE QUE INTEGRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, PARA OS FINS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO COM FUNDAMENTO NO INC. VIII DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993.

REFERÊNCIA: art. 173, § 1º, inc. II, Constituição Federal; art. 2º e parágrafo único, art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666, de 1993; Acórdãos

TCU 2203/2005-Primeira Câmara, 2063/2005-Plenário, 2399/2006-Plenário.

Pois bem. É importante recordar que esta orientação normativa da AGU encontra eco na própria jurisprudência do TCU. Segundo o entendimento de ambas as casas, a dispensa de licitação de sociedade de economia mista que desempenha atividade econômica, sujeita à livre concorrência, constitui privilégio indevido, colocando-a em vantagem em relação às empresas da iniciativa privada e por consequência, ferindo o disposto no art. 173, §2º da Constituição federal

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

(...)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Ademais, é relevante destacar que o TCU desde pelo menos 2009, quando julgou o Acórdão nº 6931/2009-1ª Câmara, entendeu indevida a contratação direta da ECT para a execução dos serviços não-exclusivos, conforme demonstra a ementa do julgado reproduzida abaixo:

REPRESENTAÇÃO. JOGOS PANAMERICANOS E PARAPANAMERICADOS DE 2007. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO. 1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei 6.538/1978, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X). 2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993. 3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993. ACÓRDÃO TCU 6931/2009 – 1ª Câmara

Neste ponto é importante esclarecer que a AGU afastou, neste parecer, a aplicação da orientação normativa nº 13 aos serviços postais não exclusivos por entender que o STF, no âmbito do julgado da ADPF nº 46, declarou a natureza pública destes serviços.

Assim, com fundamento na interpretação ampliativa do conceito de serviços postais decorrente do natural avanço tecnológico a que está submetida a atividade, a AGU entendeu viável a contratação direta dos serviços ofertados pela ECT, ainda que não exclusivos.