

PROCOLO 202066753

PARECER Nº 372/2020



EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – HIPÓTESE DO ART. 25, CAPUT, DA LEI 8.666/1993 – CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DA EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO – POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DIRETA.

1. RELATÓRIO

1

Cuida-se de processo administrativo para contratação direta de serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para atender à demanda da Assembleia Legislativa.

Vieram os autos a esta Procuradoria Geral, para a emissão de parecer jurídico, por intermédio do Memorando nº 0471/2020/SGEL (fls. 200/201).

Consta dos autos Estudo Técnico Preliminar (fls. 118/125), conforme determina a legislação (artigo 24 da Instrução Normativa nº 05/2017, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão).

Consta ainda dos autos documento intitulado de “Termo de Referência nº 031/2020/SGEL” às fls. 128/140, contendo o objeto (acima citado e com mais detalhes), modalidade da contratação

(inexigibilidade de licitação), a descrição da necessidade do serviço, especificações e quantitativos, a fundamentação da inexigibilidade, a escolha da contratada, obrigações das partes, condições de pagamento, fiscalização, sanções, vigência, preço e sua justificativa.

Quanto à justificativa de inexigibilidade, afirma-se que a futura contratada é detentora de monopólio do serviço postal, segundo o entendimento do STF, não exercendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT atividade econômica em sentido estrito, não se aplicando a ela os rigores dos princípios constitucionais que consagram e livre concorrência e a livre iniciativa, havendo, portanto, inviabilidade fática absoluta de competição (fls. 128/129), o que caracterizaria o fornecimento exclusivo, nos moldes do art. 25 da Lei de Licitações.

Já no que se relaciona com a justificativa do preço proposto, afirma-se, no Despacho de fl. 169 (Despacho nº 024/2020/SGEL/ECP), que o preço da ECT é **tabelado**, e, além disso, trata-se de **fornecedor exclusivo** e sem concorrente similar.

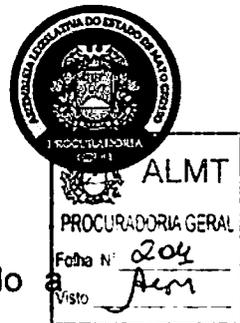
2

A proposta da pretensa contratada está acostada às fls. 141/167.

Documentação relativa à constituição da empresa, documentação relativa à regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS às fls. 105/111 e 188/190.

Não há nos autos cópias de contratos semelhantes, celebrados com outros órgãos e/ou entes públicos.

Registra-se a autorização da contratação por inexigibilidade licitatória, realizada pela Mesa Diretora da Assembleia Legislativa (Presidente e Primeiro-Secretário), constante na folha 172.



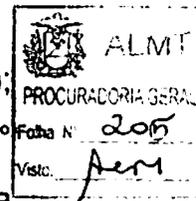
Não consta dos autos documento atestando a existência de disponibilidade orçamentária, o que deve ser providenciado.

Não consta dos autos minuta de contrato.

Constam dos autos, ainda: Memorando n° 010/2020/NAP (fl. 02); Ofício n° 16677621/2020 – CVEN-SE-MT e anexos (fls. 03/17); Cópia do diário Oficial Eletrônico da ALMT, de 27/06/2019 (fl. 18); Cópia do Contrato Múltiplo de Prestação de Serviços n/ 9912271230/2016 e Anexos (fls. 19/84); Cópia do 5° Termo Aditivo ao Contrato Múltiplo entre a Assembleia Legislativa de Mato Grosso e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fls. 85/88); Cópia do 4° Termo Aditivo ao Contrato Múltiplo entre a Assembleia Legislativa de Mato Grosso e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (fls. 89/91); Cópia do 3° Termo Aditivo ao Contrato Múltiplo entre a Assembleia Legislativa de Mato Grosso e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e anexo (fls. 92/99); Cópia do 3° Termo Aditivo ao Contrato Múltiplo de Prestação de Serviços e Venda de Produtos a Órgão Público n° 9912271230/2016, que entre si fazem a Mato Grosso Assembleia Legislativa e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (fls. 100/104); Cópias de Certidões atestando a regularidade fiscal, trabalhista e junto ao FGTS (fls. 105/111); Memorando n° 538/2020-SAP (fl. 112); Memorando n° 426/2020-SCCC (fls. 113/114); Memorando n° 340/2020/SGEL (fl. 115); Memorando n/ 1045/2020-SG (fl. 116); Memorando n° 360/2020/SGEL (fl. 117); Estudo Técnico Preliminar n° 011/2020/AP-SAP (fls. 118/125); Memorando n° 0128/2020/SAP (fl. 126); Despacho n° 060/2020/SGEL (fl. 127); Termo de Referência n° 031/2020/SGEL (fls. 128/140); Cópia de Termo de Condições operacionais (fls. 141/153); Cópia de Termo de Condições Comerciais (fls. 154/167); Despacho n° 061/2020/SGEL (fl. 168); Despacho n° 024/2020/SGEL/ECP (fl. 169); Memorando n°

3

439/2020/SGEL (fl. 170); Memorando n° 1362/2020-SG (fl. 171); Autorização de Abertura de Processo Licitatório (fl. 172); Memorando n° 1416/2020-SG (fl. 173); Cópia do Decreto n° 8.016/2013 – Estatuto da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (fls. 174/187); Comprovante de inscrição no CNPJ (fl. 188); Certidão de Regularidade junto ao FGTS (fl. 189); Cadastro no Sistema SICAF (fl. 190); Declaração de inexistência de fatos impeditivos (fl. 191); Documentos pessoais da representante da ECT (fl. 192/195); Análise dos Documentos de Habilitação (fls. 196/197); Instrução do Processo licitatório (fl. 198); Memorando n° 0471/2020/SGEL (fls. 200/201).



É o relatório. Passo a opinar.

4

2. FUNDAMENTOS

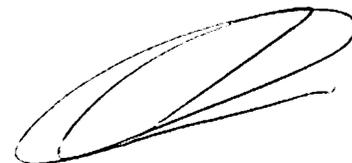
2.1. *Introito*

Este parecer limitar-se-á a analisar a regularidade do procedimento licitatório sob a ótica jurídica.

Tal análise é uma imposição da Lei 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

(...)



VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação dispensa ou inexigibilidade;

(...)

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (g.n.)

Portanto, todas as minutas de editais de licitação e de contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser examinados previamente pelo setor jurídico do órgão.

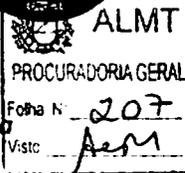
Essa análise tem por objetivo prevenir a produção de atos irregulares, que possam ser questionados e até mesmo anulados posteriormente. Também visa afastar condições que prejudiquem a competitividade, acarretando prejuízos aos cofres públicos.

5

Contudo, a análise da Procuradoria é estritamente jurídica. O Procurador não tem competência técnica para analisar o acerto das **especificações técnicas** do objeto da licitação ou do contrato, se o **preço de referência** está de acordo com o praticado no mercado, bem como se há **conveniência ou oportunidade**, em razão desses temas escaparem da área de atuação jurídica desse profissional.

É nesse sentido a doutrina¹:

¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratações/RDC, 2ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2015, página 262.



“Não é adequado que o assessor jurídico, no manejo de sua competência técnica específica, pretenda aventurar-se em outras searas, expondo motivos pertinentes à expertise do objeto da licitação ou quanto à conveniência e oportunidade dela ou, mesmo, quanto à critérios técnicos de composição dos custos e execução do contrato. O jurista só pode analisar os aspectos jurídicos do instrumento convocatório.” (g.n.)

Desse modo, a atuação da Procuradoria da Assembleia tem por missão proteger o patrimônio público de qualquer cláusula ou condição **jurídica** que frustre a busca da proposta mais vantajosa ou que implique em responsabilidade civil por prática de ato ilícito.

2.2. Da contratação direta - inexigibilidade de licitação (art. 25, caput Lei 8.666/93)

6

A constituição Federal estabelece a regra da licitação como condição para as contratações públicas, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão 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



ALMT
PROCURADORIA GERAL
Folha N. 208
Visto [assinatura]

as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (g.n.)

Embora estabeleça a regra da licitação, a própria Constituição prevê que a legislação **poderá criar exceções**.

O regulamento dessa norma é a Lei 8.666/93, a qual prevê **espécies de contratação direta, sem licitação**, e, dentre elas, está a denominada **inexigibilidade de licitação (art. 25)**.

Nesta espécie, deve ser atendido o art. 26 da Lei 8.666/93, quanto à comunicação para a **ratificação pela autoridade superior e posterior publicação no prazo legal**; bem como deve ser julgada a habilitação da contratada, conforme o art. 27 c/c o 51 da mesma lei.

7

Trata-se de contratação de serviços junto à Empresa Brasileira de correios e Telégrafos – ECT.

Conforme mencionado acima, trata-se de contratação de serviços postais, prestados em regime de monopólio pela ECT, segundo entendimento consolidado da Suprema Corte (ADPF n° 46).

Dessa forma, a hipótese dos autos trata-se de **inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, caput, da Lei 8.666/93**.

Nesse passo, tem-se a seguinte previsão na Lei Geral de Licitações:

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

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante

comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

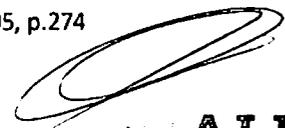
O teor deste dispositivo enseja as seguintes considerações feitas com maestria pelo professor MARÇAL JUSTEN FILHO² :

8

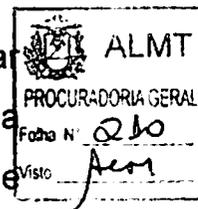
As causas de inviabilidade de competição podem ser agrupadas em dois grandes grupos, tendo por critério a sua natureza. Há uma primeira espécie que envolve inviabilidade de competição derivada de circunstâncias atinentes ao sujeito a ser contratado. A segunda espécie abrange os casos de inviabilidade de competição relacionada com a natureza do objeto a ser contratado.

Às fls. 118/121 do Estudo Técnico Preliminar nº 011/2020/AP-SAP extrai-se que o objeto a ser contratado é o fornecimento de serviços postais, prestados em regime de monopólio pela ECT, mediante a cobrança de tarifas (preços tabelados).

² USTIN FILHO, Marçal. Comentário à lei de licitações e contratos administrativo 2005, p.274



Consta ainda do referido Estudo Preliminar planilha com a média de consumo dos serviços postais feito pela Casa nos últimos 36 (trinta e seis) meses. Com base nessa média, o pacote de serviços sugerido para a contratação foi o denominado OURO 2.



Cumprе notar que não se trata, no caso dos autos, de serviços considerados **concorrenciais**, como SEDEX e PAC, o que impostaria na modalidade de dispensa de licitação, com fulcro no inciso VIII, do artigo 24 da Lei 8.666/93, conforme o entendimento esposado pela Advocacia Geral da União – AGU, a saber:

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 0289/2012

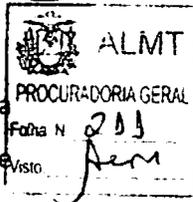
PROCESSO: 00400.011022/2010-72

INTERESSADO: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. 9

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. (grifo nosso)

Uma vez configurados os requisitos acima delineados, é sabido que a ausência de licitação não significa a desnecessidade de observância de formalidades prévias à contratação, nem mesmo dos princípios gerais e específicos aplicáveis à licitação, tais como a isonomia, a impessoalidade, a publicidade e a seleção da proposta mais vantajosa à Administração.

10

O art. 38 da Lei 8.666/93 traz alguns procedimentos a serem atendidos, quando da fase interna de um processo administrativo licitatório, consistentes na existência de um processo autuado, protocolado, numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa.

Neste sentido, verifica-se o atendimento dos procedimentos da fase interna de um processo administrativo licitatório, consistentes na existência de um processo autuado, protocolado,



numerado, autorizado e com a indicação sucinta de seu objeto e de recurso para honrar a despesa, conforme exige o art. 38 da Lei 8.666/93.

Além disso, ainda no que tange à fase interna, deve ser realizada a ratificação da inexigibilidade e sua publicação na imprensa oficial, conforme exige a Lei 8.666/93, *ad litteram*:

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)

11

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

I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

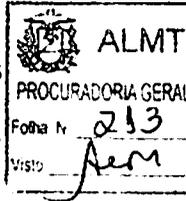
III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)





Portanto, a Mesa Diretora deverá ratificar todos os atos do processo de inexigibilidade e providenciar a publicação, sob pena de ineficácia dos atos.



Ademais, para a referida contratação direta, a Administração deverá observar os seguintes requisitos: (i) **autorização da Mesa Diretora** (art. 50, IV, da Lei nº 9.784/99); (ii) **previsão dos recursos orçamentários** (arts. 7º, § 2º, III; 14 e 38 da Lei 8.666/93); (iii) **justificativa quanto à necessidade do objeto da contratação direta** (art. 26, caput, da Lei 8.666/93); (iv) **justificativa quanto à escolha de um determinado contratante e de uma proposta específica**, (art. 26, Parágrafo único, II, da Lei 8.666/93); (v) **justificativa de preço**, (art. 26, Parágrafo único, III, da Lei 8.666/93); (vi) **habilitação do futuro contratado**, atendidas as exigências previstas no art. 27 a 32 da Lei nº 8.666/93.

12

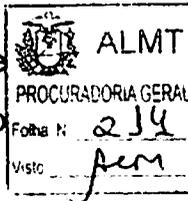
Desta feita, observa-se que a autorização da Mesa Diretora consta da fl. 172, com a assinatura do Primeiro Secretário e do Presidente da ALMT, para continuidade da pretensa contratação.

A previsão de recursos orçamentários não se encontra nos autos, o que deve ser providenciado.

A justificativa da contratação consta às fls. 128/130 do Termo de Referência nº 031/2020/SGEL.

Quanto a justificativa de preço, é mister analisar-se a razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração, levando-se em consideração a atividade anterior e futura do próprio particular. Em outras palavras, o contrato com a Administração deve possuir condições econômicas similares com as atividades particulares executadas pelo futuro contratado.

Sobre esse ponto, interessante observar o que prescreve a Orientação Normativa nº 17 da Advocacia Geral da União (AGU):



Orientação Normativa 17 AGU: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com outros preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos”.

Na mesma linha o TCE-MT:

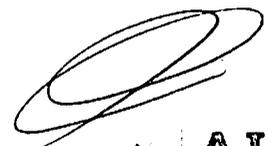
Resolução de Consulta nº 41/2010 (DOE, 07/06/2010). Licitação. Dispensa e inexigibilidade. Necessidade de justificação do preço contratado. Formas de balizamento de preços. (...) O balizamento deve ser efetuado pelos **preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública, no mercado, no fixado por órgão oficial competente, ou, ainda, por aqueles constantes do sistema de registro de preços.**

13

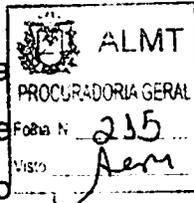
A **justificativa de preço**, nos casos de inexigibilidade de licitação, deve se dar por meio de contratações realizadas com outros entes públicos, conforme jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Conforme justificativa constante do Despacho de fl.169 (Despacho n/ 024/2020/SGEL/ECP), o preço dos correios é **tabelado**.

Logo, é despicienda, e mesmo inviável, a realização de pesquisa de preços junto a outros órgãos ou entes públicos.



Destarte, uma vez preenchidos os requisitos da inexigibilidade do art. 25, caput, da Lei n° 8.666/93, torna-se plenamente possível a realização de contratação direta da ECT para o fornecimento de serviços postais.



Não consta dos autos minuta contratual a ser analisada. Com efeito, trata-se de contrato de adesão, conforme se vê nos autos (fls. 19/104), em contratações anteriores (e aditivos) celebradas entre este Parlamento e a ECT.

3. PARECER

Ante ao exposto, **OPINO** pela **POSSIBILIDADE** de contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por inexigibilidade, desde que atendidas as seguintes condições:

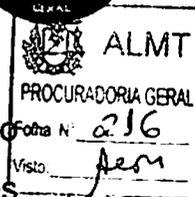
14

(i) Deve ser ratificado o processo de inexigibilidade de licitação pela Mesa diretora da ALMT e providenciada a respectiva publicação no Diário Oficial;

(ii) Deve ser juntado aos autos documento atestando a existência de disponibilidade orçamentária para a contratação dos serviços objeto do feito, conforme exigência legal.

A análise das condições de habilitação, por parte da Contratada (art. 55, inc. XIII da Lei 8.666/93), deverá ser feita pela Administração, quando da assinatura do contrato.





Ressalto que o parecer se restringiu a analisar o procedimento sob o aspecto jurídico, não adentrando nas questões técnicas e econômicas do objeto, nem nas questões de conveniência e oportunidade da contratação, por escapar da área de atuação da Procuradoria da Assembleia Legislativa.

É o parecer.

Cuiabá, 14 de dezembro de 2020.

RICARDO RIVA

PROCURADOR GERAL DA ALMT

15