



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCESSO ADMINISTRATIVO ELETRÔNICO Nº 18/2000-0085612-7

INFORMAÇÃO Nº 096/18/PDPE

Procuradoria do Domínio Público Estadual

EMENTA:

SECRETARIA DA SAÚDE. LICITAÇÃO. DISPENSA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS DE LOGÍSTICA. DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E OUTROS MATERIAIS HOSPITALARES. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. ART. 24, VIII, LEI Nº 8.666/93. ANÁLISE DA VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. Inexiste óbice jurídico à contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, para a prestação dos serviços de logística na distribuição de medicamentos e outros insumos.
2. É necessária a complementação da justificativa do preço, de modo a atender o art. 24, inc. VIII, e o art. 26, da Lei nº 8.666/93.
3. Elaboradas recomendações na minuta do contrato.

AUTORA: KARINA ROSA BRACK

Aprovada em 19 de outubro de 2018.



Nome do documento: FOLHA_IDENTIFICACAO.doc

Documento assinado por

Órgão/Grupo/Matrícula

Data

Daniela Elguy Larratea

PGE / GAB-AA / 350432802

19/10/2018 17:41:33





ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

INFORMAÇÃO

SECRETARIA DA SAÚDE. LICITAÇÃO. DISPENSA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS DE LOGÍSTICA. DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E OUTROS MATERIAIS HOSPITALARES. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. ART. 24, VIII, LEI Nº 8.666/93. ANÁLISE DA VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO.

1. Inexiste óbice jurídico à contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, para a prestação dos serviços de logística na distribuição de medicamentos e outros insumos.
2. É necessária a complementação da justificativa do preço, de modo a atender o art. 24, inc. VIII, e o art. 26, da Lei nº 8.666/93.
3. Elaboradas recomendações na minuta do contrato.

Trata-se de processo administrativo eletrônico encaminhado pela Secretaria da Saúde, para análise da contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT -, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, para a prestação de serviços de logística de distribuição de medicamentos e materiais médicos e hospitalares, materiais de limpeza e higiene, gêneros alimentícios, vestuário e uniformes, mobiliários e materiais de expediente e outros insumos, melhores descritos na cláusula primeira da minuta do ajuste (fls. 270/316).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

O encaminhamento decorre do previsto no Decreto n.º 50.274/2013.

Do expediente se colhe que a contratação em comento integra um projeto maior de terceirização de toda a logística da Secretaria da Saúde, cuja justificativa encontra-se no expediente administrativo n.º 17/2000-0163302-9 (cópia às fls. 34/37), o qual está suspenso diante da impossibilidade de a sua total implantação ocorrer no exercício de 2018. A ECT elaborou, naqueles autos, proposta envolvendo a prestação dos serviços de distribuição e entregas a serem efetuadas em diversos Municípios, com custo mensal no valor de R\$ 2.693.139,06 (dois milhões, seiscentos e noventa e três mil, cento e trinta e nove reais e seis centavos).

Em 15 de junho de 2018, a ECT elaborou nova proposta, com escopo reduzido, sendo que o valor mensal para a contratação foi estipulado em R\$ 572.600,00 (quinhentos e setenta e dois mil e seiscentos reais), equivalente a um total anual de R\$ 6.871.200,00 (seis milhões, oitocentos e setenta e um mil e duzentos reais).

Após manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde (fls. 83/85), foi juntada minuta de contrato firmado pela ECT com o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Saúde, para fins de justificativa do preço (fls. 95/121).

Elaborada promoção pelo Departamento Administrativo (fls. 123/124), os autos foram remetidos à Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde, ocasião em que exarada a Informação n.º 2277/2018 (fls. 126/129), analisando a presente contratação e concluindo, *verbis*:

“Em que pese o objeto do contrato pretendido aparentemente se enquadre nos serviços monopolizados (incisos I e III), vale referir que muito já se discutiu juridicamente, no âmbito nacional, acerca das possibilidades de contratação da ECT por meio de inexigibilidade (para atividades do regime de monopólio) ou dispensa de licitação (para outras atividades). Contudo, em 20 de



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

abril de 2012, com a emissão do **Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011**, aprovado pelo Advogado-Geral da União, foi reconhecida a possibilidade de contratação direta da ECT para prestação de serviços não inclusos nas atividades para as quais detém monopólio (serviço postal exclusivamente), com fundamento no inciso VIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, justificado pelo entendimento exarado pelo STF de que as demais atividades (que não as de monopólio) constituem serviço público e não exploração de atividade econômica em sentido estrito.

Superada a análise acerca da fundamentação legal para contratação da ECT, **que deverá ser orientada pelo artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993**, há que se adentrar nas formalidades legais exigidas pelo artigo 26 da Lei nº 8.666/93 (...)." (Grifo no original).

O Termo de Referência foi juntado às fls. 134/140, e elaborada pela Divisão de Contratos a primeira minuta do Contrato nº 351/2018 (fls. 144/160) e Autorização de Serviço nº 089/2018-DC (fl. 161).

Após a juntada da Informação nº 2362/2018, da Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde (fls. 167/174), analisando a minuta do contrato e a autorização do serviço, houve manifestação da Direção da Coordenação de Política da Assistência Farmacêutica (fl. 182) e do Departamento de Gestão da Tecnologia da Informação (fls. 200/201).

Com a nova manifestação do Departamento Administrativo (fls. 205/206), foram realizadas alterações na minuta pela Divisão de Contratos (fls. 208/225). Analisado o contrato pela Assessoria Jurídica, foram sugeridas alterações por meio da Informação nº 2509/2018 (fls. 228/229), sendo acostada nova minuta pela Divisão de Contratos às fls. 240/259.

Tecidas novas considerações, o Contrato nº 351/2018 foi juntado às fls. 270/316 e o Departamento Administrativo, por meio do documento de fl. 320, informou quais as alterações foram promovidas na minuta contratual.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Na sequência, com a manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde (fls. 322/323), o processo administrativo eletrônico foi remetido para análise desta Equipe de Consultoria da Procuradoria do Domínio Público Estadual.

É o breve relatório.

1. Cumpre analisar, no caso concreto, se a contratação pretendida amolda-se à hipótese de dispensa de licitação, prevista no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

“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;“

Para o enquadramento nessa hipótese de contratação direta, conforme previsão legal, corroborada pela doutrina e jurisprudência, é necessário a) ser o contratante pessoa jurídica de direito público interno; b) ser o contratado integrante da Administração Pública, prestadora de serviços ou produtora de bens; c) ter sido o contratado criado antes de 22 de junho de 1993, com a finalidade específica de realização do objeto contratual e d) haver compatibilidade do preço praticado ao mercado.

Com relação ao primeiro requisito, o contratante é o Estado do Rio Grande do Sul. No que tange ao preenchimento da condição de ser a contratante pessoa jurídica de direito público interno, a ECT é uma empresa pública da União, integrante da Administração Indireta e atuante em todo o território nacional, conforme Decreto-Lei nº 509/1969.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Com efeito, o serviço postal, historicamente, era ligado à Coroa Portuguesa e, com a Proclamação da República, a repartição postal foi vinculada ao então Ministério das Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Em 1931, houve a criação do Departamento de Correios e Telégrafos, por meio do Decreto nº 20.859, de 26 de dezembro. E, em 1969 - Decreto-Lei nº 509/1969, ocorreu a transformação do DCT em empresa pública, vinculada ao Ministérios das Comunicações.

Em 22 de junho de 1978 houve a promulgação da Lei Postal 6.538, que unificou a legislação relativa aos Correios e Telégrafos, regulou os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País, e igualmente estabeleceu a exploração dos serviços postal e de telegrama por meio de empresa pública, elencando as atividades que seriam por ela desempenhadas.

No ano de 2011, houve a publicação da Lei 12.490, que modernizou e fortaleceu os Correios, promovendo alterações no Decreto-Lei nº 509/1969, e do novo Estatuto da empresa.

Dessa forma, conforme exigência do inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, é a ECT integrante da Administração Pública.

Relevante é questionamento sobre contratação, com fundamento no referido inciso, ser possível com integrante da Administração de outro ente da federação. A questão já foi solvida na jurisprudência administrativa da PGE, pelo que, diante da pertinência dos argumentos, transcreve-se parte da Informação nº 047/09, de autoria do Procurador do Estado Luís Carlos Kothe Hagemann:

A ECT é empresa pública da União, conforme transformação ocorrida por intermédio do Decreto-Lei nº 509/1969. Igualmente, a Lei Federal nº 6.538/78 refere que os serviços postais e afins são explorados por empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações (art. 2º).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

A primeira dúvida que poderia surgir diz com a possibilidade de contratação, com fundamento no referido inc. VIII do art. 24 da Lei de Licitações, com integrante da Administração de outro ente da federação (ou seja, o Estado do Rio Grande do Sul contratando com empresa pública da União).

Tal dúvida se dissipa, no entanto, em breve consulta à doutrina. Ensina, por exemplo, Marçal Justen Filho (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Dialética, 2008; 12ª edição, pp. 305-306):

'A dúvida se relaciona com a possibilidade de pessoa de direito público contratar entidade integrante de outra órbita administrativa. Assim, um Estado poderá contratar, sem licitação, uma entidade integrante da Administração Pública federal? A resposta é positiva e deriva da identidade jurídica entre a entidade e o sujeito que a instituiu. Suponha-se que, em vez de criar entidade autônoma, a União mantivesse a atividade por seus próprios órgãos internos. Seria perfeitamente possível que União e Estado realizassem convênio para que o órgão federal atuasse em prol do interesse estadual. Como acima apontado, a atribuição de autonomia jurídica ao 'órgão' não altera o panorama jurídico. As alternativas de (a) desempenhar a atividade através de órgão interno ou (b) organizar entidade com personalidade própria para desempenhá-la não alteram o regime jurídico aplicável (...)'

No mesmo sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (in Contratação direta sem licitação. Brasília, Brasília Jurídica, 2004. 5ª ed., atualizada, revista e ampliada; pp. 374-375):

'Após a terceira edição deste trabalho, reflexão mais detida levou à evolução da exegese sobre a questão.

A Lei nº 8.666/93 definiu, expressamente, o que se deve entender por 'Administração' e 'Administração Pública'.

O legislador, corretamente, empregou esses dois termos em vários dispositivos da lei, não havendo dúvidas quanto a sua utilização.

A parte do Direito que cuida da interpretação das leis, a hermenêutica, em um dos seus mais festejados mestres, Carlos Maximiliano, ensina que o juiz atribui aos vocábulos o sentido resultante da linguagem vulgar; porque se presume haver o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

legislador, ou escritor, usado expressões comuns; porém, quando são empregados termos jurídicos, deve-se crer ter havido preferência pela linguagem técnica (g.n.).

No presente caso, o legislador não só está usando termos jurídicos, como também está empregando termos que ele próprio conceituou.

Também é da hermenêutica a lição de Gianturco, de que se deve presumir que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva.

Basta a lógica para assegurar essa proposição: se o legislador tivesse estabelecido que as pessoas jurídicas de direito público pudessem contratar com os órgãos e entidades integrantes da Administração, faria sentido restringir o alcance da norma à respectiva esfera de governo ou à respectiva pessoa jurídica. Não fez, porém. Expressamente, e com o conteúdo que precisamente definiu, o legislador usou o termo 'Administração Pública'.

Esta é, inclusive, a jurisprudência administrativa predominante nesta PGE acerca do tema.

Em terceiro, é necessário também o preenchimento do requisito de ter sido o contratado criado antes de 22 de junho de 1993, com a finalidade específica de realização do objeto contratual. Essa condição está vinculada à ideia de evitar o crescimento desordenado da Administração Indireta. Conforme ensinamento de Ulisses Jacoby Fernandes, (*in* Contratação Direta sem Licitação. Brasília: Brasília Jurídica, 5ª ed., 2014, p. 365):

“Questão relevante diz respeito ao fato da alteração dos atos constitutivos do órgão, para neles fazer inserir a realização de um objeto pretendido pela Administração, como ocorreria com a alteração de uma lei que criou o Departamento de Imprensa, para inserir entre as suas finalidades a impressão de volantes de loteria. Essa alteração ensejaria o enquadramento da contratação desse novo objeto de forma direta, sem licitação?

A literalidade do dispositivo em comento afastaria a possibilidade de a Administração contratar a impressão de cartelas de loteria,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

diretamente. Contudo, tal exegese pode conduzir ao rigor de que hoje a maior parte dos órgãos já tiveram seu universo de atividades bastante expandidos, e em várias hipóteses, a Administração já vem efetuando a contratação com dispensa de licitação. Num contexto mais amplo, seria admissível acolher essa expansão do objeto, desde que também, nesse caso, fosse atendido o requisito temporal inscrito no dispositivo pela Lei nº 8.883/94, ou seja, que a alteração da atividade do órgão tivesse ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.666/1993.

Com essa possibilidade, ficaria resguardado o ordenamento jurídico sem necessidade de grandes pesquisas sobre a finalidade inicial, que ensejou a criação do órgão, ao tempo que se evitaria o absurdo de permitir a contratação direta de um órgão que foi criado bem posteriormente, sem, contudo, admitir-se igual tratamento para outro que, mesmo criado anteriormente, teve seu ramo de atividade expandido, arditosamente, após o advento da Lei nº 8.666/93”.

A criação da ECT, como já referido, remonta ao ano de 1969 - Decreto-Lei nº 509/1969 -, tendo, igualmente, atividades arroladas no ano de 1978, pela Lei nº 6.538. A atividade que se pretende a contratação no presente PROA é de serviços de distribuição de medicamentos, materiais médicos e hospitalares, materiais de limpeza e higiene, gêneros alimentícios, vestuário e uniformes, mobiliários e materiais de expediente e outros insumos.

Em contratações similares, já foi entendido pela Procuradoria-Geral do Estado – Informações n 109/11, 162/10 e 047/09 – que o requisito da criação antes de 22 de junho de 1993, com a finalidade específica de realização do objeto contratual, estaria atendido nessa hipótese, tendo em vista se tratar de atividade afim, prevista na alínea ‘d’ do §1º do art. 2º da Lei nº 6.538/78. Transcreve-se, novamente, parte da Informação nº 047/09, de autoria do Procurador do Estado Luís Carlos Kothe Hagemann:

A segunda questão diz com a contratada ter sido criada anteriormente à edição da Lei de Licitações, com fim específico.

Dispõe o § 1º do art. 2º da Lei Federal nº 6.538/78:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

§ 1º - Compreende-se no objeto da empresa exploradora dos serviços

a) planejar, implantar e explorar o serviço postal e o serviço de telegrama;

b) explorar atividades correlatas;

c) promover a formação e o treinamento de pessoal necessário ao desempenho de suas atribuições;

d) exercer outras atividades afins, autorizadas pelo Ministro das Comunicações.

Os serviços aqui pretendidos contratar não se acham nas alíneas a, b ou c. Inserem-se, na verdade, na alínea d, o que veio a ser chancelado pela Portaria nº 500/2004, do Ministério das Comunicações (fl. 61), que, no seu art. 2º, diz:

Art. 2º O Serviço de Logística Postal Integrada, atividade afim aos serviços postais, caracteriza-se pelo atendimento integrado, parcial ou total, das necessidades logísticas dos usuários, referentes à remessa de bens e documentos pela via postal, incluindo suas fases anteriores e posteriores, compreendendo, entre outras, as seguintes atividades:

I - recebimento de pedidos, coleta, tratamento, manuseio, armazenagem, postagem, transporte de transferência e de distribuição e entrega de bens e documentos, de forma fracionada ou consolidada, sem limite de peso;

II – serviço de informação, por meio de sistema de comunicação, de processamento de dados e de controle; e

III – serviços financeiros postais.

Assim, ao ficarem objetivamente definidos os serviços que se pretende contratar como serviços afins aos serviços postais, e tendo sido a ECT criada para prestar tais serviços afins anteriormente à edição da Lei de Licitações, não há óbice também quanto a este aspecto.

Por tais razões, não se vê óbice à contratação direta, no caso, por dispensa de licitação, sendo que o aspecto da compatibilidade do



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

preço com aqueles praticados no mercado será objeto do item seguinte.”

Em complementação, cumpre registrar que o Decreto Federal nº 8.016, de 17 de maio de 2013, que aprova o Estatuto Social da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, manteve como objeto daquela empresa pública o exercício de outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações, consoante se infere no seu art. 4º, IV.

Igualmente, importante referir que a Portaria nº Portaria nº 500/2004, do Ministério das Comunicações, foi revogada pela Portaria nº 940, de 22 de fevereiro de 2018, que trouxe nova regulamentação dos serviços de logística integrada pela ECT.

A matéria, no entanto, é controversa.

A Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, corroborou o “entendimento jurídico firmando no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, que com fulcro na decisão da ADPF 46, autorizou a contratação direta da ECT por dispensa de licitação fundamentada no art. 24”. Referido parecer restou assim ementado:

Direito Administrativo. Licitação. Contratação direta da empresa brasileira de correios e telégrafos (ECT). Art. 24, inc. VIII, da Lei nº 8.666/93.

I. Subsistência do entendimento jurídico firmado no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, que com fulcro na decisão da ADPF nº 46, autorizou a contratação direta da ECT por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93 para prestação de serviços que não sejam objeto exclusivo da Estatal;

II. Na ADPF nº 46 foi assentado que a ECT presta serviço público, portanto, o serviço postal não é atividades econômica; e, por não ser atividade econômica, não se aplicam os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

- III. O entendimento do TCU, nos acórdãos TCU nº 1800/2016 – Plenário e nº 2013/2017 – Plenário, não estão conforme o externado pelo STF na decisão da ADPF nº 46;
- IV. A decisão da ADPF possui efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do poder público (art. 10º, §3º, da Lei nº 9.882/99);
- V. encaminhamento aos órgãos competentes para avaliar cabimento e conveniência de eventuais providências.

Os pareceres da AGU assentaram-se no entendimento de que o STF, na ADPF nº 46, reconheceu a exclusividade apenas para os serviços previstos no art. 9º da Lei nº 6.538/78, relativos às atividades postais, mas, embora não tenha se manifestado a respeito dos serviços prestados pela ECT fora do regime de exclusividade, reconheceu a natureza pública de todos os serviços prestados pela empresa pública. E essa situação agasalharia o privilégio inerente à prestação de serviço público.

Nessa mesma seara, a contratação com a ECT preencheria todos os requisitos do art. 24, inc. VIII, porque foi criada, antes de 1993, para a prestação de serviços postais, correlatos e afins. Reconheceram os pareceres que o serviço postal é gênero do qual são espécies a logística integrada, serviços postais financeiros e eletrônicos e os demais relativos à entrega de objetos de correspondência, serviço postal relativos a valores, encomendas, remessas e entregas de objetos, com ou sem valor mercantil, e atividades correlatas. Ademais, não haveria necessidade de Lei, embora hoje existente – Lei nº 12.490/2011 –, para a prestação de novos serviços pela ECT, vez que compreendido no seu objeto a exploração de atividades correlatas e o exercício de outras atividades afins, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico.

O Parecer 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, reafirmando o AGU/CGU/JCBM/0019/2011, decorreu de decisões do Tribunal de Contas da União – TCU –, entendendo que não seria possível a contratação da ECT por dispensa de licitação.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Com efeito, o TCU, já em 01.12.2009, no Acórdão nº 6931/09, entendeu pela impossibilidade de contratação da ECT por dispensa de licitação nos casos dos serviços não exclusivos. E, recentemente, proferiu decisões (Acórdãos nº 1800/2016-P e 213/2017-P, com caráter normativo e pré-julgamento de tese) no sentido de que, em relação aos serviços de logística, semelhantes ao caso concreto, não seria possível a contratação direta da ECT por dispensa de licitação, assentando-se, em síntese, em duas premissas: a) a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não foi criada para atender a demandas de logística da Administração e b) a dispensa de licitação para prestação dos serviços de logística integrada pelos Correios viola o princípio da livre concorrência, por classificarem-se como atividade econômica em sentido estrito.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em 11 de setembro de 2018, em decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no Mandado de Segurança nº 34.939, impetrado pela ECT contra acórdão do TCU (Acórdão 1.800/2016 – TCU – Plenário, complementado pelo Acórdão 213/2017 – TCU – Plenário), que consignara a ilegalidade da sua contratação direta, pela Administração Pública, por dispensa de licitação, para a prestação de serviços de logística, em contratação do Ministério da Saúde para distribuição de medicamentos, concedeu a ordem, nos seguintes termos:

Como se verifica, a contratação direta fundamentada no citado dispositivo deve atender aos seguintes pressupostos: 1) o contratante ser pessoa jurídica de direito público interno; 2) o contratado integrar a Administração Pública; 3) o contratado ter sido criado com a finalidade específica de prestar o serviço objeto do contrato; 4) a criação da entidade contratada ter ocorrido antes do advento da Lei 8.666/1993; e 5) o preço contratado ser compatível com o praticado no mercado.

Inicialmente, cumpre destacar que esta Corte, ao apreciar a ADPF 46 e os RE-RG 601.392 e 627.051, paradigmas da repercussão geral, assentou a natureza peculiar dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Consignou que tanto aqueles prestados em regime de privilégio quanto em concorrência com particulares são dotados de regime especial.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Confira-se a ementa do referido julgado:

(...)

A Lei 6.538/78 conceituou serviço postal como “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objeto de correspondência, valores e encomendas” (art. 7º). Por sua vez, também assentou, expressamente, que se inclui no objeto da empresa exploradora desses serviços o exercício de outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério da Comunicações (art. 2º).

Cumpre esclarecer que nem todos os serviços postais são prestados em regime de monopólio pela União. O artigo 9º da Lei 6.538/78 elenca quais atividades postais deverão ser prestadas sob o citado regime, *in verbis*:

(...)

Em 2004, o Ministério das Comunicações editou a Portaria 500, que instituiu o “Serviço de Logística Integrada a ser prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos”, classificando-o como atividade afim ao serviço postal, a saber:

“Art. 2º **O Serviço de Logística Postal Integrada, atividade afim aos serviços postais**, caracteriza-se pelo atendimento integrado, parcial ou total, das necessidades logísticas dos usuários, referentes à remessa de bens e documentos pela via postal, incluindo suas fases anteriores e posteriores, compreendendo, entre outras, as seguintes atividades:

I – recebimento de pedidos, coleta, tratamento manuseio, armazenagem, postagem, transporte de transferência e de distribuição e entrega de bens e documentos, de forma fracionada ou consolidada, sem limite de peso;

II – serviço de informação, por meio de sistema de comunicação, de processamento de dados e de controle; e

III – serviços financeiros postais”.

Em 2011, foi editada a Lei 12.490, que acrescentou alguns dispositivos ao Decreto-Lei 509/1969, diploma criador da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. No que interessa ao caso dos autos, classificou-se o serviço de logística integrada como serviço postal, a saber:

“Art. 2º - À ECT compete:

(...)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

III – explorar os seguintes serviços postais:

a) logística integrada; (...)."

Assim, conclui-se que o serviço de logística, apesar de tratar-se de atividade não exclusiva dos Correios, prestado em regime de concorrência com particulares, deve ser entendido, ao menos, como serviço afim ao serviço postal, o que justifica a aplicação de um regime diferenciado.

Acrescente-se a isso o fato de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi criada no ano de 1969 e, apesar de, à época, não constarem, expressamente, em suas atividades, os serviços de logística, constam dos autos documentos que demonstram que há muito já prestava tais serviços, inclusive desde antes da edição da Lei 8.666/93.

Corroborando tal entendimento, cito ensinamento de Jacoby Fernandes, *in* "Contratação Direta sem Licitação", p. 368, 2014: "Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio(...) tendem a expandir seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso de os Correios confeccionarem os envelopes de uma loja, um empresa de saneamento dedicar-se à construção e reparos em esgotos internos de residências, ou de uma empresa de fornecimento de água realizar construção de reservatórios de água e encanamento interno em propriedades privadas, conservação de piscina etc.

Nesse aspecto, para avaliar a possibilidade de contratação direta, volta-se aos parâmetros definidos anteriormente: se, na criação dos órgãos, a prestação dos serviços ou a produção dos bens, mesmo fora do âmbito do monopólio, para a Administração Pública, constitui finalidade específica da entidade criada, não há óbice à sua contratação direta, com supedâneo nesse inciso VIII".

Dessa forma, parece-me que a ECT preenche todos os requisitos legais necessários à possibilidade de sua contratação direta, haja vista integrar a Administração Pública, ter sido criada em data anterior à edição da Lei 8.666/93 para a prestação de serviços postais, entre os quais entendo que se incluem os serviços de logística integrada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

No que tange ao último requisito, referente à necessidade de que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, deve ser analisado pela Administração-contratante caso a caso.

Ademais, cumpre registrar que a permissão legal para dispensa da licitação não acarreta um dever para Administração em dispensá-la. Cabe a ela realizar o juízo de valor e decidir acerca da realização ou não da licitação.

Assim, o entendimento que prevaleceu, do Supremo Tribunal Federal, entendeu possível a contratação direta da ECT para os serviços que não detém o monopólio.

Finalmente, o último requisito é haver compatibilidade do preço praticado ao mercado. Tal determinação normativa constitui verdadeiro pilar dessa espécie de dispensa de licitação. Mais: a viabilidade jurídica dessa dispensa é totalmente dependente da comprovação irrefutável de que o preço praticado pelo ente da administração guarda relação com o de mercado.

A respeito desse requisito, consta contrato firmado entre a ECT e o Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Saúde (fls. 95/121), bem como tabela de preços (fls. 77/78), com o escopo de justificar a razoabilidade dos preços por ela praticados. Às fls. 123/124, ainda, foram juntadas considerações feitas pela contratada:

“A proposta atual, de fls. 18/24, apresentada pela EBCT em 15/06/2018, envolve o transporte de 172.000kg de carga e a entrega de dietas especiais a 1.500 domicílios situados na cidade de Porto Alegre, a um valor mensal de R\$ 572.600,00 (quinhentos e setenta e dois mil e seiscentos reais).

Utilizando a tabela constante do Anexo I do contrato firmado entre a EBCT e a SES/MG, cujo preço ofertado para o transporte de cargas de 172000kg, temos o valor unitário do quilograma em R\$ 4,56 (quatro reais e cinquenta e seis centavos). Se multiplicarmos o valor unitário do quilo, de R\$ 4,56 x 172.000kg, teremos o preço total



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

para o contrato a ser firmado com a SES/RS de R\$ 784.320,00 (setecentos e oitenta e quatro mil trezentos e vinte reais).

Considerando que a proposta apresentada pela EBCT envolve o pagamento mensal do valor de R\$ 572.600,00 (quinhentos e setenta e dois mil e seiscentos reais), temos uma estimativa de economia de R\$ 211.720,00 (duzentos e onze mil e setecentos e vinte reais), sem considerar as entregas das 1.500 (mil e quinhentas) dietas especiais nos domicílios da cidade de Porto Alegre.”

A exigência de o preço contratado ser compatível com o praticado no mercado, além de prevista no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93, também está contida no art. 26, parágrafo único, III, da Lei de Licitações, assim redigido:

“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.

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;
- II – razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III – justificativa do preço;
- IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens estão alocados.”

O inc. III ainda não foi atendido. Ainda que se trate de um contrato extremamente singular, deve ser comprovado que os valores previstos no custo dos serviços que serão prestados pela ECT são razoáveis face aos valores



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

cobrados por outras empresas que ofertam similares serviços, porque estes serviços não se inserem no monopólio postal.

Ademais, faz-se necessária a comparação com outros contratos similares, a demonstrar que os valores cobrados estão dentro das condições usuais de negócio efetivados pela ECT com outros contratantes (privados ou públicos). Seria salutar, outrossim, fossem juntados outros orçamentos com objetos idênticos aos do caso concreto.

A esse respeito, disserta Marçal Justen Filho (*in* “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14.ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 391):

“Mas a questão adquire outros contornos em contratações diretas, em virtude da ausência de oportunidade de fiscalização mais efetiva por parte da comunidade e dos próprios interessados. Diante da ausência de competição, amplia-se o risco de elevação dos valores contratuais. Bem por isso, o art. 25, § 2º, alude à figura do ‘superfaturamento’ como causa de vício da contratação. Eventualmente, a conduta dos envolvidos poderia caracterizar inclusive figura de natureza penal.

A razoabilidade do preço deverá ser verificada em função da atividade anterior e futura do próprio particular. O contrato com a Administração Pública deverá ser praticado em condições econômicas similares com as adotadas pelo particular para o restante de sua atividade profissional. Não é admissível que o particular, prevalecendo-se da necessidade pública e da ausência de outros competidores, eleve os valores contratuais.

Nessa acepção é que se deve entender a expressão ‘superfaturamento’, contida no art. 25, § 2º. O superfaturamento não se caracteriza nem como um preço ‘falso’ nem como um lucro excessivo, mas como uma elevação injustificada do valor para execução de uma certa prestação”.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Quanto à minuta contratual, destaca-se que usualmente os contratos firmados com a ECT são padrões, não suscetíveis de modificações. No caso concreto, contudo, verifica-se que foram realizadas diversas alterações na minuta originalmente elaborada, após apontamentos efetuados pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Educação, o que leva a crer que há espaço para negociação nos termos do contrato.

Destaca-se, por oportuno, a necessidade de se estabelecer prazo para a ECT comunicar eventual perda, roubo ou extravio dos medicamentos e materiais a ela confiados ou relacionados ao objeto contratual, a alteração do fato gerador do pagamento pelos serviços prestados, a previsão da conduta a ser adotada pela Secretaria da Saúde em caso de equívoco no faturamento dos serviços (com responsáveis e alçadas decisórias). A elas se agrega recomendação de que seja prevista forma de revisão/recurso da decisão quanto ao erro de faturamento (item 6.5 e seguintes), em nome do devido processo legal, bem como de previsão de graduação nas multas estipuladas por descumprimento ou retardamento indevido da execução contratual (6.6).

Na cláusula décima sétima, a referência à Lei federal nº 10.520/2002 para os casos omissos parece inadequada.

Observe-se que, sendo contrato de serviços a serem prestados de forma continuada, deverão ser observadas as disposições Decreto Estadual nº 52.215/2014, uma vez que se trata de serviços a serem prestados de forma continuada.

Por fim, necessário se alerte para o fato de que a contratação direta exige a prestação dos serviços pelo próprio contratado: as hipóteses de inexigibilidade de licitação, assim como de dispensa em razão da pessoa, se justificam em função de características do próprio contratado, que levam a crer ser ele o fornecedor mais adequado para a prestação dos serviços, não sendo possível, *a priori*, a chamada subcontratação.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Quando da contratação, neste diapasão, deve a empresa demonstrar que tem condições técnico-operacionais de prestar diretamente os serviços incluídos no objeto do negócio jurídico, especialmente aqueles que porventura extrapolem o conceito de serviços postais, mas cuja possibilidade de contratação direta reste formalmente demonstrada nos autos.

A este respeito, vale transcrever excerto do Informativo de Licitações e Contratos do TCU nº 340:

“Ao apreciar a prestação de contas da Companhia Docas do Estado da Bahia (Codeba) relativa ao exercício de 2005, o Plenário do TCU, mediante o Acórdão 3193/2014, decidiu julgar irregulares as contas do Diretor-Presidente e da Coordenadora do Departamento Jurídico à época dos fatos, além de aplicar-lhes multa em face da contratação de uma fundação, por dispensa de licitação com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, para a prestação de serviços técnico-administrativos especializados 'visando à implantação do Sistema de Gestão Integrada de Meio Ambiente, Segurança e Saúde Ocupacional (SGA) e à criação do Núcleo Ambiental da Codeba, integrado com outras iniciativas convergentes da comunidade portuária', sem que a referida fundação dispusesse, em seus quadros, de corpo técnico qualificado para a execução desses serviços. Inconformada, a então Coordenadora do Departamento Jurídico interpôs recurso de reconsideração, aduzindo, em síntese, 'a natureza opinativa e facultativa do parecer jurídico emitido favoravelmente à contratação, a inocorrência de culpa ou erro grosseiro na emissão desse parecer e o rigorismo da apenação'. Ao apreciar o recurso, o relator ressaltou ter restado configurada a prática de erro grosseiro por parte da parecerista jurídica ao se manifestar favoravelmente à contratação, faltando-lhe 'aprofundamento das investigações acerca do preenchimento pela fundação dos requisitos previstos no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993, o que, caso promovido, teria levado à constatação de que tal fundação não atendia aos requisitos legais cabíveis'. Para o relator, a recorrente manifestou-se favoravelmente à contratação direta 'não obstante a proposta de preços apresentada pela própria



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

fundação denotar que ela não dispunha, em seus quadros, de corpo técnico qualificado para a execução do serviço a ser contratado, e que, em função disso, iria agregar conhecimento técnico de outras instituições'. Além disso, o condutor do processo consignou que 'a exigência contida no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/1993 de a entidade contratada por dispensa de licitação, com fundamento nesse dispositivo, comprovar a capacidade de execução do objeto pactuado com meios próprios e de acordo com as suas finalidades institucionais visa evitar que tal permissivo legal seja utilizado para contratação direta de empresa que atuará meramente como intermediária na prestação dos serviços. Busca, ainda, evitar a fuga ao regular certame licitatório, uma vez que a empresa de fato executora do objeto não preencheria os requisitos subjetivos e objetivos para que fosse contratada com fulcro nessa hipótese de dispensa de licitação'. (...) Com base no posicionamento externado pelo relator, o colegiado decidiu conhecer do recurso e, no mérito, negar provimento, mantendo inalterado o acórdão recorrido. Acórdão 362/2018 Plenário, Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Augusto Nardes."

2. Isso posto, conclui-se que é possível a contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com fundamento no art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, para a prestação de serviços de distribuição de medicamentos e outros materiais médicos e hospitalares, conforme fundamentos expostos.

Impõe-se, outrossim, seja complementada a justificativa do preço ajustado, apresentando-se contratos firmados pelos Correios com outros entes estatais com idêntico objeto, bem como efetuando o Gestor o cotejo com os preços praticados na iniciativa privada, de forma a bem demonstrar a adequação dos valores à realidade de mercado.

É a informação.

Porto Alegre, 16 de outubro de 2018.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Karina Rosa Brack,

Procuradora do Estado.

Ref. PROA nº 18/2000-0085612-7

Documento Assinado Digitalmente



Nome do arquivo: 3_Proa_1820000856127_Contrataçãodo_Direta_ECT_Dispena_Licitaçãodo.pdf
Autenticidade: Documento Íntegro



DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Karina Rosa Brack	19/10/2018 12:33:56 GMT-03:00	81058365053	Assinatura válida

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Processo nº 18/2000-0085612-7

Acolho as conclusões da Informação da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado KARINA ROSA BRACK.

Restitua-se à Secretaria da Saúde.

**Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral Adjunto
para Assuntos Jurídicos.**

Documento Assinado Digitalmente



Nome do arquivo: 0.6897451688819783.tmp

Autenticidade: Documento Íntegro



DOCUMENTO ASSINADO POR	DATA	CPF/CNPJ	VERIFICADOR
Eduardo Cunha da Costa	19/10/2018 17:03:40 GMT-03:00	96296992068	Assinatura válida

Documento Assinado Digitalmente

Documento eletrônico assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.