



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Benifácio, nº 278 - 9º andar

Processo nº: 2.661/98 - SF

Interessado: DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

Assunto: CONTRATO ADMINISTRATIVO

O artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93, que veda a celebração de contratos administrativos com prazo indeterminado, não se aplica aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público, a teor do art. 62, § 3º, II, da mesma lei. Caso exista contrato em vigor, celebrado validamente por prazo indeterminado, não é celebrado novo ajuste anualmente, de modo que o procedimento previsto no art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93 não precisa ser adotado a cada ano; entretanto, a autorização de despesa que deve preceder a emissão anual de nota de empenho é ato decisório que precisa ser motivado, sendo ainda necessária a manifestação do órgão jurídico competente acerca da viabilidade jurídica da continuidade dos contratos referentes a serviços que deixem de ser prestados em regime de monopólio - O fundamento legal da celebração de ajustes objetivando a prestação de serviços públicos monopolizados é o "caput" do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que a hipótese é de inexigibilidade, e não de dispensa de licitação - Em se tratando de contratos objetivando o fornecimento de água, luz, gás e serviços telefônicos, a comprovação de regularidade perante o sistema de seguridade social é exigível previamente à contratação, não sendo porém necessário condicionar-se a efetivação dos pagamentos mensais à comprovação, também mensal, de situação regular junto ao INPS e FGTS, por não incidir na espécie a norma do artigo 31 da Lei Federal nº 8.212/91, ao qual se reporta o § 2º do art. 71 da Lei nº 8.666/93, na redação dada pela Lei nº 9.032/95. Esta última conclusão não é extensiva a quaisquer outros contratos além dos expressamente mencionados.

PARECER PA-3 Nº 079/98

1 - O presente inicia-se com a representação de fls. 03 a 05, na qual o Sr. Diretor do Departamento de Administração da Coordenação da Administração Tributária relata que aquela Unidade



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

"(...) terá que emitir os empenhos estimativos para pagamentos das despesas com serviços de utilidades públicas (telefone, água, luz e gás).

Em exercícios anteriores, a emissão desses empenhos seguiram a rotina abaixo:

1 - estimava-se os gastos de cada um dos serviços para o exercício;

2 - fazia-se a reserva e submetia-se a proposta para aprovação e autorização da autoridade competente;

3 - emitia-se os empenhos estimativos para cada um e nos valores autorizados;

4 - mensalmente as contas apresentadas eram atestadas e pagas;

5 - do decorrer do exercício, se os valores estimados e empenhados mostravam-se insuficientes, novas estimativas eram feitas e encaminhadas à autoridade competente para aprovação e autorização dos valores complementares, emitindo-se reforço dos empenhos estimativos.

Ocorre que a Coordenadoria Estadual de Controle Interno, através de sua Unidade CCI-1, em exame realizado no processo SF 294-97 (...), emitiu orientação no sentido 'que para o futuro observem, as disposições legais contidas nos artigos 24 inciso IX e artigo 26 da Lei Estadual nº 6544/89, combinado com o artigo 24 inciso VII e artigo 26 da Lei Federal nº 8666/93' (...)



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

Não concordando com esse posicionamento pois este DAT-G entende que para o caso em tela os serviços já foram contratados e são por prazos indeterminados e cujos fornecedores (TELESP, ELETROPAULO, SABESP, COMGAS, CESP E CPFL), nas suas respectivas áreas de atuação, detêm o monopólio de serviços, portanto, se necessário fosse, o correto seria a aplicação do artigo 25 'caput' da Lei 8666/93, ou seja inexigibilidade.

No entanto, a abertura de um processo tem por fim contratar alguém para fornecer serviços e/ou materiais. Nesses casos as contratações, s.m.j., já ocorreram quando da solicitação às concessionárias a ligação da rede interna às redes públicas. No caso da TELESP, com um agravante, a contratação ocorreu com a aquisição de linha telefônica e materializando-se com sua ligação.

É importante também frisar que nos próximos meses, em função dos programas de privatização, nos âmbitos federal e estadual, essas empresas serão privatizadas. Já ocorrido com a Companhia Paulista de Força e Luz - CPFL, recentemente privatizada. Portanto, s.m.j., não poderá ser aplicado o inciso VIII do artigo 24 da Lei 8.666/97, conforme orientado pelo CCI-1."

1.1 - Objetivando "eliminar dúvidas existentes, bem como adotar critérios únicos e padronizar os procedimentos administrativos, no âmbito da Coordenação da Administração Tributária", o signatário da representação suscita dúvidas atinentes à disciplina legal da matéria, expressas em sete quesitos que serão adiante transcritos e respondidos.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

2 - A Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda atende à solicitação recebida através do Parecer nº 169/98, acostado às fls. 07 a 20. As respostas do órgão consultivo às questões formuladas serão mencionadas na parte opinativa deste parecer, em seguida à transcrição de cada qual dos quesitos.

2.1 - Sem prejuízo de sua manifestação conclusiva sobre as dúvidas de ordem jurídica suscitadas na representação inaugural, o órgão consultivo da Pasta de origem, por considerar que a matéria versada neste expediente se reveste de interesse para toda a Administração estadual, propõe a oitiva da Procuradoria Geral do Estado a propósito dos temas debatidos.

3 - Remetidos os autos à P.G.E. pelo Sr. Secretário da Fazenda (fls. 23), o Sr. Subprocurador Geral do Estado - Área de Consultoria os envia a esta Procuradoria Administrativa, "para exame e parecer".

4 - Sucintamente relatados, passamos a opinar.

5 - A Lei Federal nº 8.666/93 estatui, em seu artigo 62, § 3º, II:

"§ 3º - Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público. (grifamos)

5.1 - HELY LOPES MEIRELLES assim sintetiza o teor do dispositivo legal reproduzido:

*"Em edições anteriores, advertíamos que a Administração direta, ou centralizada, e indireta, ou descentralizada, podia realizar contratos sob as normas **exclusivas** do Direito Privado, em posição de igualdade com o particular contratado, que denominávamos **contratos privados da Administração**, para distingui-los dos contratos administrativos propriamente ditos, regidos predominantemente pelo Direito Público. Agora não é mais assim, pois, quando a Administração, pelo menos a centralizada e autárquica, deles participa, até mesmo os contratos privados são sensivelmente afetados pelo Direito Público.*

*Com efeito, de acordo com o § 3º do art. 62, incisos I e II, da Lei 8.666/93, com a redação que lhes deu a Lei 8.883/94, o disposto nos arts. 55, 58, 59, 60, 61 e demais normas gerais aplica-se, **no que couber**, 'aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado',*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

bem como 'aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público'. Em outras palavras, sem cogitar das demais normas gerais que se possam entender cabíveis, todo contrato privado de que a Administração participar:

*- deverá conter as cláusulas **necessárias** para a perfeição dos ajustes administrativos (art. 55);*

- sujeitar-se-á à alteração e a extinção unilateral do Poder Público, que também poderá fiscalizar sua execução e aplicar ao contratado as penalidades previstas para a inexecução total ou parcial do ajuste (art. 58);

- será passível de anulação, tanto pela via judicial como pela via administrativa (art. 59);

- será lavrado na repartição interessada, salvo se relativo a direitos reais sobre imóveis (art. 60);

- indicará, no preâmbulo, os elementos exigidos para a identificação dos ajustes administrativos, dos atos e procedimentos de que se originaram, bem como a declaração de sujeição à lei e às cláusulas contratuais (art. 61);

- só se tornará eficaz depois de publicado resumidamente no órgão oficial (art. 61, parágrafo único);

- não poderá conter efeitos financeiros retroativos, salvo nos casos expressamente previstos na lei." (grifos do autor em negrito e grifos nossos em caracteres negritados e sublinhados) (Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed., atualizada por EURICO DE



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

ANDRADE AZEVEDO e CÉLIA MARISA PRENDES, São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 159/160).

5.2 - Do dispositivo legal sob comento deflui, portanto, que os contratos nos quais a Administração for parte como usuária de serviço público estão submetidos a um **regime jurídico nitidamente publicístico**.

A propósito, destacamos, especialmente, a aplicabilidade a tais ajustes do art. 58 da Lei Federal nº 8.666/93. Tal dispositivo obriga a inserção no contrato das chamadas "cláusulas exorbitantes", definidas por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO como *"aquelas que não são comuns ou seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra"*.

5.3 - Nada obstante, nos exatos termos do reproduzido 62, § 3º, II, da Lei Federal nº 8.666/93, não são aplicáveis aos contratos celebrados pela Administração como usuária de serviço público todas as disposições daquele Estatuto licitatório.

6 - Isto, posto, tentaremos, a seguir, responder às indagações contidas no expediente inaugural, esclarecendo que os quesitos serão respondidos em ordem seqüencial distinta daquela em que foram formulados.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

7 - O último dos quesitos formulados na manifestação inicial está assim redigido:

"7 - A contratação desses serviços é por prazo indeterminado, portanto, s.m.j., contraria o disposto no § 3º do artigo 57 da Lei 8.666/93 que veda o contrato por prazo indeterminado."

7.1 - A Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda divisa, nos contratos da espécie ora versada, *"exceção à regra geral que veda a celebração de contratos administrativos por prazo indeterminado"*, tendo em vista *"as peculiaridades que permeiam tais fornecimentos, notadamente o monopólio das empresas prestadoras e o fato dos respectivos preços estarem sob regime tarifário"*.

7.2 - Concordamos com tal conclusão, mas embasamos nos em fundamento de outra ordem.

É que o artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93 - o qual veda, em seu § 3º, a celebração de contrato com prazo de vigência indeterminado - não é aplicável aos contratos nos quais a Administração seja parte como usuária de serviço público, conforme deflui do supratranscrito art. 62, §3º, II, do mencionado diploma.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

A razão de haver o legislador excluído os contratos de prestação de serviços públicos da regra geral que veda a celebração de contratos administrativos por prazo indeterminado reside, a nosso ver, no fato de que alguns dos contratos dessa espécie podem não comportar a determinação do seu prazo de vigência, pela própria natureza do seu objeto, ou pela regulamentação conferida pelo Poder Público às condições de prestação do serviço.

De qualquer forma, endossamos a ressalva do órgão consultivo de origem, no sentido de que *"a questão do prazo de vigência há de ser analisada à luz das especificidades da hipótese in concreto"*.

8 - O primeiro dos quesitos formulados tem o seguinte teor:

"1 - Esses serviços já foram contratados quando solicitada a sua ligação, materializando-se com a própria. O contrato é anterior a ligação ou a cada ano deveria ser renovado?"

8.1 - O órgão consultivo da Pasta de origem, destacando inicialmente que *"só será possível responder se a contratação é anterior à ligação, após a análise dos elementos pertinentes ao caso concreto"*, conclui que *"a renovação dos contratos em cada caso concreto, dependerá da existência de contrato com prazo de vigência determinado e, sem vinculação*



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

direta com qualquer periodicidade (a cada ano, a cada semestre, a cada mês, etc...), só poderá ocorrer a partir do vencimento do prazo de vigência determinado e em curso".

8.2 - Ao endossarmos integralmente tais conclusões, acrescentamos: se estiver em vigor contrato validamente celebrado por prazo indeterminado, é desnecessária, e mesmo descabida, a celebração anual de novo contrato entre as mesmas partes, com o mesmo objeto, estipulando idênticas cláusulas e condições.

9 - No segundo quesito constante da manifestação vestibular, indaga-se:

"2 - Se a argumentação da CCI-1 for procedente, os procedimentos para as dispensas deverão seguir, pari passu, as exigências da legislação vigente, tais como pesquisa de preços, certidões negativas de débitos junto à seguridade social, declaração de que o preço está razoável, etc., ou o processo poderia ser simplificado, constando apenas a dispensa, a ratificação e a publicação?"

9.1 - A argumentação da CCI-1, referida no quesito, diz respeito à aplicabilidade à espécie do art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, o qual dispõe:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

"Art. 26 - As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III e XX 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 três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para 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 ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço."

9.2 - A propósito da matéria, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda tece as seguintes considerações:

"A primeira dessas (...) questões, diz respeito a necessidade ou não do desencadeamento do processo previsto no artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, pertinente ao reconhecimento de situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, como condição de validade para realização de pagamentos decorrentes de contratos em vigência, previamente a implementação das medidas



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

de ordem orçamentária, indispensáveis a realização dos referidos pagamentos, em cada exercício financeiro.

(...) não remanescem dúvidas, quanto ao fato do procedimento previsto no artigo 26 da Lei Federal 8.666/93, conter providências a serem implementadas exclusiva e previamente, às concretizações das denominadas 'contratações diretas', ou seja, aquelas levadas a efeito com dispensa ou inexigibilidade de licitação, face aos próprios termos do mencionado artigo, onde não se colhem quaisquer elementos que possam indicar a sua aplicação a outros eventos, que não as mencionadas 'contratações diretas'.

Essa aplicação exclusiva e prévia às contratações diretas, além de ser como se viu, decorrência do próprio teor do artigo, também é confirmada pela inexistência de algum dispositivo legal, mesmo em diplomas legais distintos da Lei 8.666/93, que lhe atribua outra aplicação, inclusive no que tange ao pagamento e a liquidação das despesas públicas, cujos atos normativos regentes, quer na esfera federal ou mesmo na esfera estadual, não contêm norma alguma que possa conduzir a conclusão contrária.

A partir daí, correta afigura-se a posição manifestada pelo 'DAT' (...), na medida em que, o pagamento e a liquidação das despesas de consumo de água, luz, gás e telefone em cada exercício financeiro, devem seguir os mesmos procedimentos estabelecidos para a liquidação das demais despesas públicas, dentre os quais, conforme já salientado, não se inclui o artigo 26, da Lei 8.666/93 e, bem assim, também porque os mesmos pagamentos e liquidações, não constituem novas contratações, de



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

molde a exigir a aplicação do citado dispositivo legal.”
(grifos constantes do original)

9.3 - Endossamos tais considerações, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

9.4 - Entretanto, ressaltamos que a autorização da despesa - que deve preceder a emissão, em cada exercício financeiro, da nota de empenho relativa a cada qual dos contratos ora comentados - é ato decisório e, como tal, deve obrigatoriamente atender ao princípio da motivação, consagrado no art. 111 da Carta Estadual.

Obviamente, um ordenador de despesa não cogitará suspender o fornecimento de água ou luz para a repartição pública à qual se vincula. Entretanto, a decisão de manter, em determinado exercício, a vigência de determinado contrato de prestação de serviço público, com todas as suas cláusulas e condições, deve obrigatoriamente ser precedida de análise da conveniência de tal medida para o interesse público.

Assim, ainda que se trate de serviço prestado em regime de monopólio, deverá ser verificada, previamente à autorização da despesa, a eventual ocorrência de desperdício de água, luz, etc., a possibilidade de redução da tarifa, etc..



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

9.5 - Outrossim, em se tratando de serviços que venham a deixar de ser prestados em regime de monopólio, a autorização da despesa deverá ser obrigatoriamente precedida da manifestação do órgão jurídico competente a propósito da viabilidade jurídica da continuidade da vigência do contrato.

9.5 - Ainda com respeito ao art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, a Consultoria Jurídica da Secretaria da Fazenda, respondendo à indagação transcrita, considera que *"quando for o caso de se levar a efeito uma contratação com dispensa de licitação, os procedimentos estabelecidos para tanto, devem ser cumpridos, não havendo em princípio, que cogitar de simplificação"*.

Embora não discordemos de tal assertiva, anotamos que o reproduzido art. 26 do Estatuto Licitatório, em seu parágrafo único, determina que o processo será instruído, *no que couber*, com os elementos ali arrolados. Assim sendo, o próprio teor do dispositivo dispensa, de forma expressa, a efetivação de providências que se revelarem descabidas na espécie, tal como a realização de pesquisa de preços entre diversos fornecedores quando se tratar de serviço monopolizado.

10 - Indaga o subscritor da representação inicial se



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

"5 - Nessas contratações deverão ser exigidas as certidões negativas de regularidade junto ao INSS e FGTS?"

O órgão jurídico pré-opinante responde afirmativamente, *"salvo alguma situação especial"* não noticiada nos presentes autos.

10.1 - A exigência feita pela Administração aos seus contratados, de comprovação de regularidade junto ao INSS e ao FGTS, encontra seu fundamento no § 3º do artigo 195 da Constituição Federal, o qual estatui que *"a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público (...)".*

Por se tratar de requisito previsto no próprio texto constitucional - que se refere a qualquer pessoa jurídica contratada, sem fazer exceções - os comprovantes de regularidade junto ao sistema de seguridade social deverão sempre ser exigidos, ainda que o objeto do contrato seja a prestação de serviços tais como os versados nestes autos. Mesmo quando se tratar de ajustes que dispensem ou inexijam licitação, os comprovantes mencionados deverão sempre ser apresentados previamente à celebração da avença.

Eventuais "situações especiais" não noticiadas nos presentes autos deverão ser objeto de apreciação pelo órgão jurídico



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

competente, que poderá opinar à vista do detalhamento dos casos concretos que porventura se apresentarem.

10.2 - Outro aspecto a ser focado relativamente à matéria diz respeito à obrigatoriedade, ou não, de inserir-se, nos contratos objetivando o fornecimento de energia elétrica, água, gás ou serviços telefônicos, cláusula condicionando a efetivação dos pagamentos mensais à comprovação, também mensal, de estar a empresa contratada em situação regular perante o sistema de seguridade social.

Consideramos desnecessária a exigência, relativamente aos contratos mencionados no parágrafo precedente, tendo em vista que os mesmos não envolvem "*cessão de mão-de-obra*", tal como definida no art. 31 da Lei nº 8.212/91, adiante transcrito.

A apresentação mensal de comprovantes de regularidade perante a seguridade social pelos executores de obras ou prestadores de serviços passou a ser exigida após a edição da Lei Federal nº 9.032, de 28/04/95, que deu a seguinte redação ao § 2º do art. 71 da Lei Federal nº 8.666/93:

"§ 2º - A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991."



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

Por seu turno, o art. 31 da Lei nº 8.212/91, ao qual se reporta o dispositivo legal reproduzido, também teve a sua redação modificada pela Lei nº 9.032/95, passando a estatuir:

"Art. 31 - O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta Lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no artigo 23.

§ 1º - Fica ressalvado o direito regressivo do contratante contra o executor e admitida a retenção de importâncias a este devidas para a garantia do cumprimento das obrigações desta Lei, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º - Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos relacionados direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros, independentemente da natureza e da forma de contratação.

§ 3º - A responsabilidade solidária de que trata este artigo somente será elidida se for comprovado pelo executor o recolhimento prévio das contribuições incidentes sobre a remuneração dos segurados incluída em nota fiscal ou



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

fatura correspondente aos serviços executados, quando da quitação da referida nota fiscal ou fatura.

§ 4º - Para efeito do parágrafo anterior, o cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento e Guia de Recolhimento distintas para cada empresa tomadora de serviço, devendo esta exigir do executor, quando da quitação da nota fiscal ou fatura, cópia autenticada da Guia de Recolhimento quitada e respectiva folha de pagamento."

Face ao teor dos dispositivos legais reproduzidos, consideramos desnecessário reiterar-se, mensalmente, a exigência de comprovação de situação regular perante o sistema de seguridade social, em se tratando de contratos que objetivem o fornecimento de energia elétrica, água, gás ou serviços telefônicos. Destacamos que tal conclusão abrange unicamente os contratos mencionados, descabendo a sua extensão a quaisquer outros, com objeto distinto, ainda que eventualmente celebrados com TELESP, SABESP, ELETROPAULO, etc. ou suas sucessoras.

11- Na representação inicial, indagou-se, ainda:

"3 - Por ser inviável a competição seria mais lógico enquadrar a contratação no 'caput' do artigo 25, pela inexigibilidade de licitação?"



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

A Consultoria Jurídica da Pasta de origem respondeu afirmativamente à indagação formulada.

11.1 - A questão foi suscitada por haver o órgão de controle interno da Secretaria da Fazenda preconizado a aplicação, na espécie, do inciso VIII do art. 24 da Lei Federal nº 8.666/93, o qual estatui ser dispensável a 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"*.

Por seu turno, o "caput" do art. 25 da mesma lei, cujo subsunção à espécie é preconizada pelo órgão consultente, dispõe ser inexigível a licitação *"quando houver inviabilidade de competição, em especial ..."*.

11.2 - Como visto, a Lei Federal nº 8.666/93 elenca em seu artigo 24 os casos de dispensa e no artigo 25 as hipóteses de inexigibilidade de licitação.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assim elucida a distinção entre dispensa e inexigibilidade de licitação:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

*"A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável." (grifos constantes do original) (Direito Administrativo, 4ª ed., Editora Atlas, 1994, p. 265).*

À vista de tal distinção, a doutrina é unânime ao considerar que a enumeração legal dos casos de dispensa de licitação é taxativa, ao passo que as hipóteses de inexigibilidade são elencadas na lei de modo meramente exemplificativo, já que ocorrerá inexigibilidade de licitação sempre que se verificar inviabilidade de competição.

11.3 - Em se tratando de serviços públicos monopolizados, não há possibilidade de competição para escolher-se o respectivo prestador. Neste caso a hipótese será portanto de inexigibilidade, e não de dispensa de licitação, nos termos da lição doutrinária transcrita. Assim sendo, o fundamento legal da contratação será, como preconizado pelo órgão jurídico pré-opinante, o "caput" do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93.

12 - A peça inicial contém ainda quesito assim redigido:



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

"4 - Com os programas de privatização nos níveis: federal e estadual, as concessionárias de serviços públicos, hoje economias mistas, serão privatizadas, se contratadas nos termos do artigo 24, inciso VIII, como ficariam os contratos? Situação real já vivenciada pelas unidades do interior, clientes da CPFL que foi privatizada em novembro de 1997."

12.1 - Endossamos a conclusão do órgão jurídico pré-opinante, no sentido de que *"a privatização das empresas fornecedoras, em regra não atingirá os contratos em vigência. Contudo, eventuais dúvidas a respeito, devem ser analisadas à luz de cada caso concreto, principalmente depois de concluída a respectiva privatização e verificados os novos contornos do fornecimento (por ex.: manutenção ou não do monopólio, etc...)"*. A propósito, reiteramos a recomendação externada no item 9.5, acima.

12.2 - Nos casos em que o serviço, embora privatizado, continue a ser exercido de forma monopolizada, e a nota de empenho haja mencionado como fundamento legal o art. 24, VIII, da Lei Federal nº 8.666/93, a única providência eventualmente cabível é retificar-se o fundamento legal da contratação, para que passe a constar o "caput" do art. 25 da mesma lei.

13 - No tocante ao sexto quesito, indagando sobre a necessidade de oitiva das Secretarias do Planejamento e da Fazenda, nos termos do Decreto nº 41.165/96, deixaremos de abordar a matéria, tendo em vista que a análise do assunto por esta Procuradoria estaria a nosso ver



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

condicionada à manifestação da Pasta do Planejamento, cuja competência é também versada na indagação.

14 - Na medida em que algumas das conclusões do presente parecer discrepam da orientação preconizada pelo órgão da Secretaria da Fazenda incumbido do controle interno de legalidade da despesa, e que a matéria tem interesse abrangente, tenho a propor seja dada ampla ciência da orientação que vier a ser aprovada sobre o assunto.

É o parecer. À elevada consideração superior.

São Paulo, 31 de julho de 1998.


PATRÍCIA ESTER FRYSZMAN
Procuradora do Estado - Nível III



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio n° 278, 9° andar

PROCESSO: SF n° 2.661/98

INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

PARECER PA-3 n° 79/98

De acordo com as conclusões do Parecer PA-3 n° 79/98. Observo, outrossim, que a privatização dos denominados serviços de telecomunicações, energia elétrica, gás e água não altera a questão. Sua concessão a particulares e não, necessariamente, a empresas estatais, não cria, por si, a possibilidade de competição. Logo, a hipótese continua sendo de inexigibilidade e não de dispensa de licitação.

São Paulo, 06 de agosto de 1998.

Assinatura manuscrita em tinta preta, com uma caligrafia fluida e elegante.

Antonio Joaquim Ferreira Custódio
Procurador do Estado Chefe da 1ª Seccional da 3ª Subprocuradoria



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio, nº 278 - 9º andar

PROCESSO: SF nº 2661/98.

INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO - DAT.

PARECER PA-3 nº 79/98.

De acordo com o Parecer PA-3 nº 79/98 .

**A consideração da douta Chefe da Procuradoria
Administrativa.**

São Paulo, 12 de agosto de 1998.


MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES

Procuradora do Estado - Chefe

da 3ª Subprocuradoria



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

Rua José Bonifácio, 278-9º andar

PROCESSO : SF-nº 2.661/98

INTERESSADO : DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO

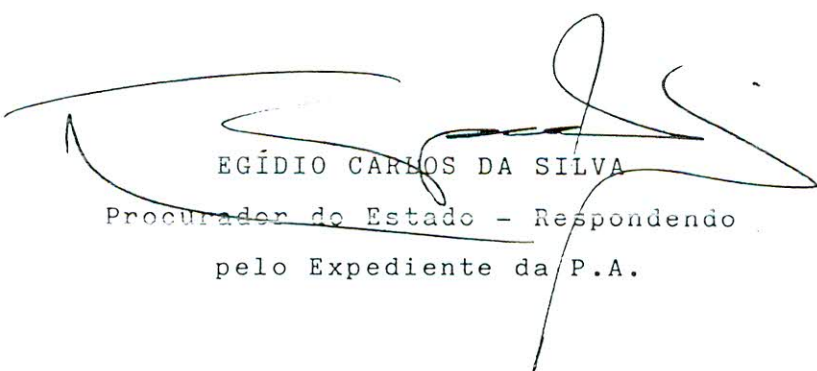
ASSUNTO : CONTRATO ADMINISTRATIVO

PARECER PA-3 nº 079/98

De acordo com o Parecer PA-3 nº 079/98.

Encaminhe-se à apreciação da douta Subprocuradoria Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 13 de agosto de 1998


EGÍDIO CARLOS DA SILVA
Procurador do Estado - Respondendo
pelo Expediente da P.A.

ECS/mfd



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Processo: SF Nº 2.661/98
Interessado: DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO - DAT
Assunto: Contas Telefônicas.

MJVG/RHPO

Trata-se de consulta apresentada pelo Departamento de Administração Tributária - DAT à Secretaria da Fazenda, a respeito do procedimento a ser adotado para a realização de pagamentos referentes às despesas com consumo de água, telefone, luz e gás.

A Consultoria Jurídica da Pasta, através do Parecer nº 169/98 entendeu que constituem casos de inexigibilidade de licitação, pois as empresas fornecedoras dos objetos contratuais detêm o monopólio, não proporcionando espaço para competição.

Entretanto, para que pudesse ser fixada orientação uniforme a respeito do procedimento a ser adotado, solicitou o encaminhamento dos autos à área consultiva da Subprocuradoria Geral do Estado.

Através do Parecer PA-3 nº 79/98, a Procuradoria Administrativa concluiu que devem ser aplicadas às hipóteses o disposto nos artigos 25 e 26, da Lei nº 8.666/93. Ressaltou, ainda, a ilustre parecerista, que em se tratando de contratos objetivando o fornecimento de água, luz, telefone e



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

gás, torna-se desnecessária a celebração de novo ajuste anualmente, de modo que o procedimento previsto no "caput" do artigo 26 da Lei Federal nº 8.666/93 não precisa ser adotado a cada ano, mas a autorização de despesa que deve preceder a emissão anual de nota de empenho é ato decisório que precisa ser motivado, sendo igualmente necessária a manifestação do órgão jurídico competente acerca da viabilidade jurídica da continuidade dos contratos referentes a serviços que deixem de ser prestados em regime de monopólio.

Quanto à comprovação de regularidade perante o sistema de seguridade social nos contratos objetivando o fornecimento de água, energia elétrica, gás e serviços telefônicos, sustenta a parecerista que esta deve ocorrer previamente à contratação, não sendo, porém, necessário condicionar-se a efetivação dos pagamentos mensais à comprovação, também mensal, de situação regular junto ao INSS e FGTS, ante a não incidência da norma do artigo 31 da Lei Federal nº 8.212/91, ao qual se reporta o § 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 9.032/95, tendo em vista que os mesmos não envolvem "cessão de mão de obra".

Ao final, o mencionado parecer ressalta que a conclusão defendida aplica-se apenas nos casos de fornecimento de água, luz, telefone e gás, e não é extensiva a quaisquer outros contratos além dos expressamente mencionados.

A Senhora Procuradora do Estado Chefe da 3ª Subprocuradoria e o Senhor Procurador do Estado respondendo pelo expediente da Procuradoria Administrativa acolheram as conclusões oferecidas pelo Parecer PA-3 nº 79/98.



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

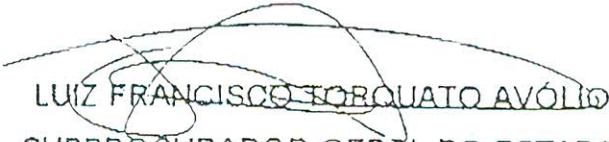
Manifesto, por fim, minha concordância com tais conclusões, já que as empresas Eletropaulo, Comgás, Sabesp e Telesp são fornecedoras exclusivas de energia elétrica, gás, água e serviços telefônicos, hipóteses em que a competição é inviável ante a inexistência de concorrência no que diz respeito a cada um dos serviços.

O fundamento legal para a contratação está contido no disposto no artigo 25, "caput" da Lei nº 8.666/93, não havendo necessidade de renovação anual do ajuste. Também não se altera, necessariamente, o monopólio do fornecimento do serviço com a privatização da empresa fornecedora. Poderá, no entanto, haver possibilidade de escolha da melhor oferta pela Administração, na hipótese de surgirem novas empresas prestadoras do mesmo serviço, admitindo-se a livre concorrência.

Neste sentido, proponho ao Senhor Procurador Geral do Estado a aprovação do Parecer PA-3 nº 79/98, bem como das observações oferecidas pela Chefia da Seccional, e submeto a matéria à deliberação do Senhor Procurador Geral do Estado, divulgando-se esta orientação às unidades de despesa da Procuradoria Geral do Estado e Consultorias Jurídicas das Secretarias de Estado.

À consideração superior.

Subg., aos 22 de dezembro de 1.998.


LUIZ FRANCISCO TORQUATO AVÓLIO
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
ÁREA DE CONSULTORIA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

GABINETE DO PROCURADOR GERAL

Processo: SF Nº 2.661/98
Interessado: DEPARTAMENTO DE ADMINISTRAÇÃO - DAT
Assunto: Contas Telefônicas.

MJVC/RHPO

Nos termos da manifestação da Subprocuradoria
Geral do Estado - Área de Consultoria, aprovo o Parecer PA-3 nº 79/98.

Divulgue-se. Encaminhem-se os autos à origem.

G.P.G., 22 de dezembro de 1998.

MARCIO SOTELO FELIPPE
PROCURADOR GERAL DO ESTADO