



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

PARECER N.º 23/2012/DECOR/CGU/AGU
PROCESSO N.º 00442.000164/2011-07

INTERESSADA: Consultoria Jurídica da União no Estado do Espírito Santo
ASSUNTO: Contrato de fornecimento de energia elétrica

CONTRATO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE ADESÃO. PARECER N.º GQ-170. LIMITES DA ATUAÇÃO DAS UNIDADES CONSULTIVAS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS DA UNIÃO SEM O PODER DE APROVAR OU REPROVAR AS MINUTAS DOS CONTRATOS.

I – O fato de os contratos de fornecimento de energia elétrica ostentarem a natureza de contratos de adesão, os incisos V, XIV e XIX do art. 3.º da Lei n.º 9.427/96, bem como o teor do Parecer n.º GQ-170 recomendam a interpretação do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93 no sentido de que as unidades consultivas da Advocacia-Geral da União devem analisar as minutas de tais pactos, mas sem o poder de aprová-las.

II – A extensão do art. 96, III, da Lei n.º 9.472/97, que impõe à concessionária a necessidade de submeter a minuta de contrato-padrão à ANATEL para aprovação, também aos serviços de energia elétrica é medida eficiente, devendo, por isso, ser estimulada

III – A análise jurídica a ser empreendida pelas unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União é imprescindível para verificação da compatibilidade entre a minuta de contrato e o ordenamento jurídico pátrio.

IV – Ao identificar impropriedade, a Consultoria Jurídica da União deverá recomendar que o órgão assessorado provoque o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427/96, a fim de que a mencionada agência reguladora, após ouvir a Procuradoria Federal, resolva a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor.

V – Discordando do posicionamento oficial da ANEEL e apontando fundamentadamente hipótese que atraia a competência da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica da União poderá submeter a controvérsia jurídica à Consultoria-Geral da União.



Senhora Coordenadora-Geral de Orientação,

1. Versa o presente processo sobre os limites da apreciação jurídica das minutas de contratos de fornecimento de energia elétrica por parte das unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União ante o possível conflito entre o art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93 e o Parecer n.º GQ-170.

2. Por intermédio do Memorando n.º 104/2011-CJU/ES/CGU/AGU, de 14/07/2011, juntado às fls. 112/114, o Coordenador-Geral da Consultoria Jurídica da União no Espírito Santo submeteu o tema a este DECOR nos seguintes termos:

A empresa EDP Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – ESCELSA, única concessionária de serviço público de energia no Estado do Espírito Santo, sob a alegação de cumprimento da Resolução Normativa ANEEL n.º 414, de 09 de setembro de 2010, elaborou novos modelos de contrato de fornecimento de energia elétrica, tendo como diretriz a substituição de todos os atuais contratos assinados pelos órgãos federais por nós assessorados, quando de sua renovação.

(...)

3. De pronto, foram identificados vários dispositivos contratuais contrários à lei e à jurisprudência, o que nos levou a realizar uma reunião com os advogados e técnicos da concessionária. Nesta reunião clareamos nosso ponto de vista e pedimos que fossem feitas as devidas revisões adequadas à Administração Pública. Alguns dias depois, entretanto, fomos informados que os modelos originalmente elaborados não poderiam sofrer modificações, sob alegação de isonomia de tratamento entre os usuários dos serviços públicos.

4. Assim, o Dr. Eduardo Tanure Correa elaborou o Parecer n.º 184/2011/CIU-ES/CGU/AGU, concluindo, em síntese, que diante do Parecer AGU GQ-170, de 1998, os órgãos federais usuários de serviço público não têm a prerrogativa de determinar a alteração das cláusulas contratuais dos serviços públicos e, por consequência, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados não têm competência para aprovar ou reprová-las as minutas de contrato, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.666/93.

5. Nesse sentido, caberia privativamente à Procuradoria federal junto à ANEEL analisar e, se for o caso, aprovar as minutas padrão de contratos de fornecimento de energia elétrica.

6. Cite-se como exemplo de cláusulas contrárias à lei e à jurisprudência: as que tratam da suspensão do fornecimento de energia por falta de pagamento; as que afastam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; as que tratam de renovações automáticas em caso de silêncio do usuário; as que estabelecem cobrança de multa de 2%, atualização monetária com base na variação do IGP-M e Juro de mora de 1% ao mês (contrariando a Nota n.º 563/2008/DAJI/GAB/AGU), entre outras, revelando que as minutas inobservam os ditames da Lei n.º 8.666/93, mesmo aplicada 'no que couber'.

7. Todavia, nossa atuação consultiva não pode simplesmente reprová-las as minutas, como de fato mereceriam, ignorando as consequências decorrentes desta medida, qual seja, o fornecimento de energia elétrica sem cobertura contratual, ou pior ainda, a suspensão do fornecimento por conta do impasse jurídico.

8. Ponderando os interesses que envolvem o caso concreto, até que tenhamos uma solução jurídica definitiva, esta Consultoria Jurídica no Estado do Espírito Santo se manifestará, doravante, apenas quanto ao cabimento da contratação direta da ESCELSA por inexigibilidade de licitação, deixando, por ora, de se manifestar sobre a legalidade da minuta do contrato.

9. Em paralelo, nos termos da alínea 'b' do inciso I do art. 9.º c/c o parágrafo único do art. 22 do Ato regimental AGU n.º 5, de 2007, considerando a relevância desta controvertida questão jurídica, solicito a V. S.ª, caso concorde com as conclusões do Parecer n.º 184/2011/CIU-ES/CGU/AGU, que provoque a Procuradoria Federal Especializada junto à ANEEL, para exercício da competência prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.666/93, conforme diretriz apresentada do Parecer AGU GQ n.º 170, de 1998.

3. O citado Parecer n.º 184/2011/CIU-ES/CGU/AGU, de 08/07/2011, assim apreciou a matéria (fls. 98/111):



119
Parecer

(...)

Conforme se observa, foi elaborada uma minuta de contrato de fornecimento de energia elétrica por parte da ESCELSA, com diversas cláusulas derogatórias do regime-jurídico administrativo.

5. Por oportuno, enfatizamos a previsão constante no art. 62, § 3º, inc. II, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

Art. 62. (...).

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

(...)

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

6. Pela simples leitura do dispositivo acima, fica claro que mesmo quando a Administração figurar em certos contratos na condição de usuária de serviço público, continuará vinculada a determinadas regras da Lei nº 8.666/93, atuando de forma diferenciada, sob o escopo de assegurar o interesse público.

7. Assim, nos contratos celebrados pela Administração Pública que são regulamentados por normas de direito privado, a Administração pode aplicar normas gerais de direito privado, mas deve observar as regras dos artigos 55 e 58 a 61 e demais disposições ditadas pela Lei de Licitações, no que couber. (...)

(...)

11. Segundo o referido Parecer GO nº 170, as prerrogativas da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, tem ampla disposição, não competindo a qualquer órgão público, na qualidade de usuário dos serviços, o exercício de suas prerrogativas. Destaca-se pertinente trecho do referido Parecer:

(...)

125. Finalmente, em segundo lugar, cabe lembrar que o mencionado dispositivo legal - inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93 - determina que as disposições nele indicadas aplicam-se aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público no que couber. Esta expressão foi introduzida, deliberada e sabiamente, tendo em vista as características próprias desses contratos, de natureza preponderantemente privada. Além disso, nesses contratos, as prerrogativas da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, como já se viu, tem ampla disposição. Admitir o contrário, ou seja, que qualquer órgão público, na qualidade de usuário do serviço, exerça essas prerrogativas, constitui total subversão, o que, segundo entendo, visou o legislador a impedir, introduzindo a referida expressão limitativa. Parece-me, assim, que a dúvida não pode prosperar.

(...)

12. Ou seja, segundo o referido Parecer, as prerrogativas da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, tem ampla disposição. Sendo assim, se aos órgãos públicos fica vedado o exercício das prerrogativas contidas na Lei 8.666/93, entendemos que também não há razão por parte dos órgãos consultivos exercerem o papel previsto no parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93.

13. Em outras palavras, como se trata de serviço público essencial e tendo em vista que as prerrogativas da Administração são exercidas pelo Poder Concedente, caso a assessoria jurídica do órgão não concorde com a minuta elaborada pela concessionária, as alterações na minuta não poderiam, em tese, partir do órgão assessorado, mas sim do representante do Poder Concedente (nesse caso, diga-se, respectivas Agências Reguladoras).

14. Nesse contexto, em caso de reprovação da minuta, sem possibilidade de alteração das cláusulas contratuais, e em se tratando de serviço público essencial, a Administração Pública não poderia dispensar o referido serviço de fornecimento de energia, ficando mesmo assim obrigada a assinar o contrato, sob pena de afetar a população como um todo.

15. Para tanto, basta imaginar órgãos como a Polícia Federal ou o Departamento de Polícia Rodoviária Federal deixar de contratar serviços de fornecimento de energia elétrica ou de telefonia fixa/móvel motivadas em razão da redação dos contratos de adesão redigidos pelas Concessionárias. Nesse caso, levar às últimas consequências a literalidade do parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93 implicaria sério problema na prestação da atividade essencial de segurança pública.

16. Haveria então uma subversão ao próprio parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, pois a reprovação da minuta e consequente celebração do contrato atenta ao fato de que 'as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos,

190
Ferreira

acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração'.

17. Portanto, passamos a entender que o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado à luz do Parecer AGU GQ 170, ou seja, o órgão competente para análise/elaboração/padronização das minutas dos contratos de adesão tendo a Administração como usuária de serviço público é o Poder Concedente (Agência Reguladora) e não as Consultorias Jurídicas. Tal conclusão se extrai dos trechos destacados a seguir:

49. Assim, o Poder Concedente, quando colocado na situação de usuário de serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário do serviço, despindo-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas já examinadas anteriormente; enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há qualquer razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento.

(...)

92. Para o que aqui interessa, impende ressaltar que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58, ou seja, modificar, unilateralmente, os contratos, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. Não se pode aplicar, ao caso, esse dispositivo, esclareça-se, no sentido de que caberia a qualquer órgão ou entidade da Administração modificar unilateralmente o contrato. Admitir-se isso, ou seja, que os órgãos públicos pudessem, eles próprios, modificar o contrato, constituiria uma total subversão do conceito de contrato de adesão, além de uma interferência indevida no poder regulamentar do representante do Poder Concedente, fracionando esse poder regulamentar.

93. Como já se viu, tais contratos são contratos de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. Quem tem poder de influir nesse contratos, e, em consequência, nas suas cláusulas, é o representante do Poder Concedente. Este tem esse poder em razão da competência que tem de alterar as cláusulas regulamentares do serviço, entre as quais se encontram aquelas referentes ao relacionamento entre a Concessionária e os Usuários. Parece-me evidente que esse relacionamento se enquadra no que se costuma denominar de normas do serviço, que são de competência do representante do Poder Concedente.

94. Embora a legislação geral sobre concessões (Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei n° 9.074, de 7 de julho de 1995) não disponha, expressamente, sobre a submissão, pelas concessionárias, ao representante do Poder Concedente, das minutas dos contratos de adesão a serem celebrados com os usuários, isso não impede, como se viu no item anterior, que o representante do Poder Concedente interfira nesses referidos contratos, inclusive para determinar a inclusão, neles, de cláusulas consideradas convenientes ou necessárias.

95. Ressalte-se que a recente Lei n° 9.472, de 16 de julho de 1997, que 'dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional n° 8, de 1995', estabeleceu, no art. 96, inciso III, que a concessionária deverá 'submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com operadores estrangeiros' (Grifei)

96. A Agência a que se refere o texto é a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8° da citada lei), que, após sua instalação, passará a exercer, no setor, as funções de órgão regulador, representante do Poder Concedente, em substituição ao Ministério das Comunicações, que hoje exerce essa função. A exigência constante do mencionado inciso III do art. 96, da Lei n° 9.472/97 deveria, segundo entendo, ser estendida a todos os serviços públicos.

18. Como visto, os referidos contratos 'são contratos de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. Quem tem poder de influir nesse contratos, e, em consequência, nas suas cláusulas, é o representante do Poder Concedente.' Por este motivo entendemos que o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado à Luz do Parecer GQ 170.

19. Por conclusão, não competiria às Consultorias Jurídicas emitir Parecer acerca dos contratos de adesão em que a Administração figura como usuária de serviço público, vez que as concessionárias se utilizam de contratos de adesão submetidos às normas do Poder Concedente (diga-se, agências reguladoras).

(...)



24. Passando para a hipótese dos autos, os comentários Escelsa 08, 11, 12 e 15 tratam basicamente da suspensão/interrupção do fornecimento de energia elétrica. Sobre o assunto, convém esclarecer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é inviável a interrupção do fornecimento de energia elétrica de forma indiscriminada nos casos de inadimplência do Poder Público. Destaca-se:

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. 1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, nos casos de inadimplência de pessoa jurídica de direito público, é inviável a interrupção indiscriminada do fornecimento de energia elétrica. 2. Não há que se proceder à suspensão da energia elétrica em locais como hospitais, escolas, mercados municipais, bem como em outras unidades públicas cuja paralisação seja inadmissível, porquanto existem outros meios jurídicos legais para buscar a tutela jurisdicional, como a ação de cobrança. 3. *In casu*, o Tribunal a quo salientou que na Municipalidade, 'dada a precariedade de suas instalações, em um único prédio, funcionam várias Secretarias e até mesmo escolas', a suspensão do fornecimento de energia iria de encontro ao interesse da coletividade. Agravo regimental improvido.

(AGRESP 200901043494, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, 13/10/2010)

25. Segundo a Corte Superior de Justiça, nas hipóteses em que o consumidor seja pessoa jurídica de direito público, prevalece a tese de que o corte de energia é possível, desde que não aconteça de forma indiscriminada, preservando-se as unidades públicas essenciais, conforme entendimento colacionado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. UNIDADES PÚBLICAS ESSENCIAIS. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. 1. A suspensão do serviço de energia elétrica, por empresa concessionária, em razão de inadimplemento de unidades públicas essenciais - hospitais; pronto-socorros; escolas; creches; fontes de abastecimento d'água e iluminação pública; e serviços de segurança pública -, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, despreza o interesse da coletividade. Precedentes: EREsp 845.982/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009; EREsp 721.119/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2007, DJ 10/09/2007. 2. *In casu*, o v. acórdão hostilizado firmou orientação no sentido de ser inadmissível o corte no fornecimento de energia da concessionária pública inadimplente, haja vista ser responsável pelo abastecimento de água de três municípios, o que poderia inviabilizar aquele serviço essencial à população. 3. Incidência da Súmula nº 168/STJ: 'Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.' 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AERESP 200902223615, LUIZ FUX, STJ - PRIMEIRA SEÇÃO, 25/08/2010)

26. Em suma, a interrupção de fornecimento de energia elétrica de ente público é considerada ilegítima quando atinge necessidades inadiáveis da comunidade, entendidas essas - por analogia à Lei de Greve - como 'aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população'.

27. Portanto, entendemos que as cláusulas relativas à suspensão do fornecimento de energia elétrica contidas no contrato por motivo de inadimplência vai de encontro à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que os contratos em questão dizem respeito, em alguns casos, a serviços de segurança pública. Portanto, entendemos que o contrato deve ser reformulado nesse sentido.

28. Em relação ao comentário Escelsa 01, a concessionária de energia sugeriu a supressão da referência à Lei 8.666/93 e 8.078/90. Trata-se de questão puramente formal que *a priori* não atinge as cláusulas do contrato. No entanto, entendemos que deve ser feita menção às referidas Leis, pois mesmo nessa espécie de contratação a Administração ainda é regida pela Lei 8.666/93, embora com várias derrogações.

29. De outra sorte, a relação Concessionária x usuário de serviço público se reger amplamente pelas regras do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, como o regime jurídico administrativo aplicável sofre profunda derrogação, não se pode deixar de aplicar as regras do CDC ao contrato de fornecimento de energia elétrica. Por essa razão, entendemos que deve permanecer a referência dada às Leis 8.078/90 e 8.666/93, mesmo que elas tenham sua aplicabilidade mitigada.

30. Na cláusula segunda, consignou-se que o contrato pode ser renovado automaticamente por 12 meses, caso não haja manifestação em contrário de uma das partes, com antecedência mínima de 180 dias.

31. Entendemos que a referida cláusula não se coaduna com o disposto no parágrafo 2º do artigo 57 da Lei 8.666/93, ao dispor que toda prorrogação de prazo deverá ser

justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

32. Na cláusula sétima, item 7.1.(vide comentários Escelsa 07 e 09), consignou-se que o atraso no pagamento ensejará a cobrança de multa de 2%, atualização monetária com base na variação do IGP-M e juro de mora de 1% ao mês.

33. Em relação à referida cláusula, convém destacar o teor da Nota 563/2008 DAJI/GAB/AGU:

11. Pelo exame da documentação constante nos autos, observamos ser pacífico o entendimento quanto ao cabimento dos juros de mora e multa moratória, não havendo quanto a tal aspecto outras considerações a serem dispensadas, notadamente ante o Parecer AGU/LA – 02/97, da lavra do Consultor da União, Luiz Alberto da Silva, adotado pelo Parecer nº GQ – 170, o qual foi aprovado pelo Exmo. Sr. Presidente da República 06.10.1998, que concluiu 'ser perfeitamente legítima e legal a aplicação, pelas concessionárias dos serviços telefônicos, postais e de energia elétrica, de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente, que paguem suas contas com atraso', além da reformulação da Súmula nº 226 do Tribunal de Contas da União.

34. No entanto, em relação à correção monetária, a referida Nota consignou que:

17. No âmbito do Tribunal de Contas da União prevalece, portanto, o entendimento de que não cabe atualização monetária em período inferior a um ano, nos termos do supra art. 2º da Lei nº 10.192/2001 (medidas complementares ao Plano Real), mesmo quando houver atraso de pagamento, segundo o art. 5º do Decreto nº 1.110/94.

35. Na cláusula décima oitava, item 18.2., consignou-se que, o encerramento contratual antecipado implicará a cobrança do valor das faturas contratadas subsequentes à data do encerramento, limitado a 6 meses bem como o valor correspondente ao faturamento de 30 Kw pelos meses remanescentes além do limite fixado anteriormente.

36. Entendemos que a referida cláusula viola o disposto no parágrafo 2º do artigo 79 da Lei 8.666/93, ao dispor que quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo 78, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.

37. Na cláusula vigésima, item 20.6., consignou-se que as partes reconhecem o contrato como título executivo para cobrança de todos os valores nele previstos.

38. Em um primeiro momento entendemos que a referida cláusula seria descabida por constituir um título executivo contra a Administração Pública, invertendo os postulados da Supremacia do Interesse Público sobre o privado. Contudo em face da jurisprudência do STJ e tendo em vista que ele não se rege totalmente com base no direito público, entendemos que o presente contrato pode sim constituir um título executivo. Vale destacar:

Processo civil. Execução por título extrajudicial. Contrato de empréstimo. Falta de assinatura de duas testemunhas. Juntada também da nota promissória emitida à época da contratação, consignando o valor total executado. Possibilidade. Título executivo válido. - O contrato escrito, com assinatura de duas testemunhas, não é requisito de validade de um contrato, salvo hipóteses expressas previstas em lei. A assinatura de duas testemunhas no instrumento, por sua vez, presta-se apenas a atribuir-lhe a eficácia de título executivo, em nada modificando sua validade como ajuste de vontades. - Se é válida a contratação, igualmente válida é a nota promissória emitida em garantia do ajuste. A ausência de duas testemunhas no contrato, portanto, não retira da cambial sua eficácia executiva. Recurso especial conhecido e improvido. (RESP 200702456680, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, 06/04/2010)

Considerações finais

39. Em face dessas considerações, temos como incompatível com o regime jurídico administrativo a alegada isonomia de tratamento entre os usuários dos serviços públicos, com a imposição de cláusulas exorbitantes contra a própria Administração Pública, haja vista que, até mesmo nos contratos de direito privado, regidos pelo Código Civil, a Administração não se despe totalmente de suas prerrogativas, concedidas em prol do interesse público.

40. Nesse mesmo diapasão, transcrevemos as lições do renomado professor Marçal Justen Filho, para quem:

'A mera participação da Administração Pública como parte em um contrato acarreta a alteração do regime jurídico aplicável. O regime de direito público passa a incidir, mesmo no silêncio do instrumento escrito. O conflito entre as regras de direito privado e de direito público resolve-se em favor destas últimas. Aplicam-se os princípios de direito privado na medida em que sejam compatíveis com o regime de direito público. Isso pode, inclusive, provocar a desnaturação do contrato de direito privado.

Assim se passa com alguns contratos, tais como o depósito ou o comodato, em que se assegure a uma das partes facultades de exigir a restituição do bem sob pena de determinadas sanções. Não se pode cogitar da incidência de tais regras contra a Administração Pública'.

(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª Edição, 2005).

41. Contudo, os contratos de adesão tendo o Poder Público como usuário de serviço público regidos por regulamentação própria, tal qual a Lei 8.987/95 devem se submeter a uma padronização que se torna incompatível com a livre disposição dos órgãos públicos em relação às suas cláusulas.

42. Dessa forma, o presente contrato de adesão de fornecimento de energia elétrica não se coaduna com os ditames da Lei 8.666/93, nem mesmo em sua forma mitigada (aplicando as disposições da lei de licitações no que couber). Todavia, entendemos que esta Consultoria Jurídica não pode simplesmente aplicar o parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 e reprová-la para deixar os órgãos públicos sem o fornecimento de energia elétrica, sob pena de inegável prejuízo à população.

43. Entendimento contrário poderia implicar na falta da Administração para com o dever de prestar serviços de vital importância. Vale lembrar que a responsabilidade do Estado por atos omissivos decorre da configuração de uma situação em que o referido ente, apesar de ter o dever prévio de agir, fixado pela lei, deixa de agir.

(...)

46. Na espécie, tendo em vista o dever do Estado em prestar os serviços para a população, entende-se que os órgãos assessorados devem continuar celebrando os contratos com as concessionárias de serviço público, até que seja delimitada a competência das Consultorias Jurídicas para a análise das respectivas minutas.

47. Sobre a conclusão, em face do exposto, entendemos que o Parecer GQ 170 mitigou o disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/93, de sorte que não compete às Consultorias Jurídicas aprovarem ou reprovarem as minutas de contrato elaborados pelas concessionárias de serviço público, competindo tal prerrogativa aos representantes do Poder Concedente (diz-se respectivas Agências Reguladoras de Serviços Públicos).

4. Às fls. 03/96, foram acostadas cópias das minutas de contrato de fornecimento de energia elétrica adotadas pela empresa concessionária Espírito Santo Centrais Elétricas S/A – ESCELSA.

5. Por fim, às fls. 116, os autos foram distribuídos ao subscritor da presente peça para análise e manifestação.

É o relatório. Passa-se a opinar.

6. De início, cabe esclarecer que o objeto deste parecer consiste na delimitação da competência das Consultorias Jurídicas no que se refere à análise das minutas de contratos a serem firmados com as concessionárias de energia elétrica.

7. O exercício da atividade consultiva por esta Advocacia-Geral é assim previsto na Lei Complementar n.º 73/93, na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 9.028/95:

Lei Complementar n.º 73, de 10/02/1993

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

(...)

Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

I - a sua representação judicial e extrajudicial;

II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.

Lei n.º 8.666, de 21/06/1993

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:

(...)

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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Lei n.º 9.028, de 12/04/1995

Art. 8.º-F. O Advogado-Geral da União poderá instalar Núcleos de Assessoramento Jurídico nas Capitais dos Estados e, quando o interesse do serviço recomendar, em outras cidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 1.º Incumbirão aos Núcleos atividades de assessoramento jurídico aos órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal, quanto às matérias de competência legal ou regulamentar dos órgãos e autoridades assessorados, sem prejuízo das competências das Consultorias Jurídicas dos respectivos Ministérios. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 2.º As matérias específicas do Ministério ao qual pertença o órgão ou a autoridade assessorados, que requeiram a manifestação da Consultoria Jurídica, serão a esta encaminhadas pelo Coordenador do Núcleo de Assessoramento Jurídico. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

(...)

Art. 8.º-G. São criadas, na Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa, as Consultorias Jurídicas-Adjuntas dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ficando extintas as Consultorias Jurídicas dos antigos Ministérios Militares. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 1.º As Consultorias Jurídicas-Adjuntas objeto deste artigo terão competência especializada, cabendo-lhes, no respectivo âmbito de atuação e no que couber, os poderes funcionais previstos no art. 11 da Lei Complementar no 73, de 1993, sem prejuízo da competência geral da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

(...)

8. Como se vê, a legislação impõe a prestação do assessoramento jurídico no que se refere à celebração dos contratos. Na verdade, chega a determinar o exame prévio e conclusivo das minutas de contrato (art. 11, VI, "a", da Lei Complementar n.º 73/93) e a necessidade de aprovação prévia das minutas de contrato por parte de "assessoria jurídica da Administração" (art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93).

9. *In casu*, ao apreciar as novas minutas dos contratos de fornecimento de energia elétrica redigidas pela empresa EDP Espírito Santo Centrais Elétricas S.A. – ESCELSA em consonância, segunda esta, com a Resolução Normativa ANEEL n.º 414, de 09/09/2010,

a Consultoria Jurídica da União no Estado do Espírito Santo, por intermédio do Parecer n.º 184/2011/CJU-ES/CGU/AGU, vislumbrou diversas impropriedades, mas, apoiada no Parecer n.º GQ-170, sublinhou que os órgãos federais usuários “não têm a prerrogativa de determinar a alteração das cláusulas contratuais dos serviços públicos e, por consequência, as Consultorias Jurídicas da União nos Estados não têm competência para aprovar ou reprová-las de contrato” e que compete “privativamente à Procuradoria Federal junto à ANEEL analisar e, se for o caso, aprovar as minutas padrão de contratos de fornecimento de energia elétrica”.

10. Antes de analisar especificamente a tese desenvolvida pela Consultoria Jurídica da União no Estado do Espírito Santo, convém reproduzir os principais pontos do mencionado Parecer n.º GQ-170, de 06/10/1998, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República nessa mesma data e publicado no DOU de 13/10/1998:

Parecer nº GQ - 170

Adoto, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o anexo PARECER Nº AGU/LA-02/97, de 17 de novembro de 1997, da lavra do Consultor da União, Dr. LUIZ ALBERTO DA SILVA, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40 da referida Lei Complementar. Brasília, 6 de outubro de 1998.

GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO
Advogado-Geral da União

PARECER N. AGU/LA-02/97 (Anexo ao Parecer GQ-170)

PROCESSO N. 46000.009073/93-MTb

ASSUNTO: Aplicação de multa à Administração Pública Federal por concessionária de serviço público.

EMENTA : Aplicação de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público. A posição do Tribunal de Contas da União, negando a possibilidade dessa aplicação. Os fundamentos do entendimento do TCU. Análise desses fundamentos. Verificação de sua inadequação para justificar o entendimento daquela Corte. Conclusão pela legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

(...)

VI - O RELACIONAMENTO ENTRE O PODER CONCEDENTE E A CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

(...) o fato de o serviço público, apesar de concedido ou permitido, continuar sendo público, não se despojando o Poder Concedente de qualquer direito ou prerrogativa pública, nada tem a ver com a possibilidade ou não de a concessionária aplicar multas a órgãos públicos, incluído o próprio Poder Concedente.

44. O que a manutenção da titularidade do serviço, nas mãos do Poder Concedente, significa é que, embora dado o serviço em concessão, por continuar sendo público o serviço, o Poder Concedente mantém a faculdade, inclusive, de retomar o serviço, mediante indenização ao concessionário (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro – 14.ª ed. atual. pela Constituição de 1988 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 338).

45. Além dessa faculdade, o mesmo autor arrola, ainda, como própria do Poder Concedente, a competência para fiscalizar o serviço, alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato de concessão e de fiscalizar a execução do serviço (Ob. cit., p. 339/345). Celso Antônio Bandeira de Mello inclui, entre os poderes do Concedente: a) poder de inspeção e fiscalização; b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído (Prestação de Serviços Públicos e administração indireta - 2ª ed. 3ª tiragem - São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 39/42).

46. Como se pode facilmente verificar, ambos os autores, dos maiores no campo do direito administrativo brasileiro, são acordes sobre os direitos do Poder Concedente, ou seja, quanto às suas prerrogativas, em relação ao concessionário. São os direitos que possui o Poder Concedente, enquanto tal. Ao se ler a lição desses mestres, nos locais citados, nada se vê que possa, ao menos, insinuar que, entre esses poderes ou direitos, encontra-se o de ter tratamento privilegiado quando estiver ele - Poder

Concedente - na posição de usuário do serviço público por ele concedido. E não conheço, a esta altura de estágio da ciência jurídica, quem defenda essa posição.

47. Existe, para isso, uma explicação lógica, racional e consentânea com os princípios que informam o instituto da concessão. É que, se, de um lado, não há na concessão transferência da titularidade do serviço, pelas razões já expostas, de outro lado, há a transferência da execução do serviço, que o concessionário passa a explorar por sua conta e risco. A manutenção da titularidade do serviço, em mãos do Poder Concedente, dá a este os poderes já enunciados, e que dizem respeito às relações do Poder Concedente, enquanto tal, com a Concessionária.

48. É já na fase de execução do serviço que surgem as relações entre o Concessionário e os Usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, isonomicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame de compatibilidade com outros princípios constitucionais, como se verá mais adiante.

49. Assim, o Poder Concedente, quando colocado na situação de usuário de serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário do serviço, despindo-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto Poder Concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas já examinadas anteriormente; enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há qualquer razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento.

50. Em razão do exposto, verifica-se que o segundo argumento, ora examinado, não justifica, de forma alguma, a conclusão de ser inaplicável multa moratória, por parte de concessionário de serviços públicos, a órgãos públicos, inclusive o próprio Poder Concedente.

VII - O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

51. O terceiro e último fundamento da decisão do TCU diz respeito, como já se disse (item 20, alínea c), ao princípio da legalidade, uma vez que o eminente Relator entendeu que a Portaria n.º 663, do Ministro das Comunicações, não teria 'eficácia para legitimar a despesa que resultaria da aplicação da multa moratória a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou entidades de sua Administração Indireta'(item 50 do voto do Relator). E isso porque 'no que toca à multa, justo porque guarda a natureza de apenação, as despesas que dela resultem só se legitimam se norma eficaz a prevê'. (Idem).

52. Verifica-se, sem grande esforço, que o eminente Relator considerou inexistir norma eficaz prevendo a aplicação da referida multa, entendendo, em consequência, que a Portaria n.º 663 inovara o mundo jurídico, criando a referida penalidade.

(...)

67. Já o administrador público, precisamente por inexistir, quanto a ele, o mencionado princípio da liberdade, quando se encontrar no campo da irrelevância jurídica, isto é, quando se deparar com situação não regulada pela lei, não poderá criar a regra aplicável a essa situação. Para que possa agir, é necessário que a situação seja regulada pela lei, ou seja, que a lei autorize, ao menos de maneira implícita, a prática de determinado ato. Mas, reafirme-se: o que se exige é que a prática do ato seja permitida pela lei, e não que esta expressamente autorize que o administrador pratique o ato.

68. Essa, segundo me parece, é a real distinção entre o particular e o administrador público, no que tange ao princípio da legalidade.

VIII - A MULTA MORATÓRIA E A VALIDADE DA PORTARIA N.º 663/79 DO MINISTRO DAS COMUNICAÇÕES

69. Estabelecido o entendimento sobre o princípio da legalidade, no que se refere ao administrador público, passo a examinar a questão da validade da Portaria n.º 663, de 18 de julho de 1979, que aprovou a Norma n.º 5/79, relativa à prestação do serviço telefônico público.

70. São relevantes, para os fins do presente estudo, os seguintes pontos da citada Norma n.º 5/79:

- a) o item 2.4, que conceitua como Usuário a pessoa natural ou jurídica a quem se presta o serviço telefônico público;
- b) o item 7, que afirma que a utilização do serviço implica na adesão do Usuário, para todos os efeitos legais, à referida Norma e às demais disposições que regulam a sua prestação;
- c) o item 60, que estabelece que a conta deve ser padronizada, independentemente da categoria do Assinante, pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado; e

d) o item 62, e alínea a, que estabelece que o não pagamento da conta no vencimento sujeita o Assinante ou Locatário às seguintes sanções: a) multa moratória de 10% (dez por cento) do valor da conta, devida, uma única vez, no dia seguinte ao vencimento.

71. Como se pode, facilmente, verificar, a Portaria nº 663/79 equiparou, no que se refere à condição de Usuário do serviço telefônico público, as pessoas naturais e as pessoas jurídicas, tanto privadas quanto públicas, inclusive no que diz respeito com o pagamento de multa moratória. E foi quanto a isso que o Egrégio Tribunal de Contas da União manifestou-se contrário, argumentando, como já se viu, que a Portaria seria ineficaz, por inexistir norma eficaz (entenda-se lei) que a preveja. É sobre a procedência dessa afirmação que se tratará a seguir.

72. De início, é necessário afirmar-se que a multa moratória tem, no fundo, a natureza de apenação. No entanto, esse fato não tem a importância que lhe foi dada nos precedentes já examinados e nas decisões do Tribunal de Contas da União. Lembre-se, a esse propósito, que a Suprema Corte desconsiderou essa argumentação, reduzindo a questão da multa moratória previdenciária à verificação da existência ou não de imunidade, concluindo pela inexistência. E isso porque a multa moratória tem natureza contratual, nada tendo a ver com poder de polícia.

73. De fato, a matéria referente ao descumprimento de obrigações, à conseqüente mora e à possibilidade de aplicação de multa moratória está regulada pelo Direito Civil. Assim, o art. 955 do Código Civil estabelece que 'considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma convencionadas.'(Grifei). E o art. 960 completa: 'O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor'.

74. Por outro lado, o mesmo Código Civil, ao tratar da Cláusula Penal, afirma que:

a) a cláusula penal pode ser estipulada conjuntamente com a obrigação ou em ato posterior (art. 916);

b) a cláusula penal pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora (art. 917; grifei);

c) quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada juntamente com o desempenho da obrigação principal (art. 919; grifei);

d) o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal (art. 920); e

e) incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora (art. 921).

75. Dos referidos dispositivos do Código Civil depreende-se que a matéria referente ao descumprimento de obrigações, à mora daí conseqüente e à possibilidade de aplicação de multa moratória está, repita-se, amplamente regulada em lei. Por outro lado, está claro que o sujeito passivo da aplicação da multa moratória é o devedor, sem qualquer restrição. Fica evidente, também, a natureza contratual da multa moratória, uma vez que, se fundada fosse a multa no poder de polícia, seria ela inaplicável entre particulares, e o é.

76. A doutrina é pacífica quanto à aplicabilidade, nos contratos administrativos, de princípios gerais e normas de direito privado. No campo legislativo, a matéria é tratada desde o vetusto Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), cujo art. 766 estabelecia que 'os contratos administrativos regulam-se pelo princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, aprovação e execução, as normas prescritas no presente capítulo.'

77. O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, não tratou dessa matéria, mantendo-se, assim, a norma anterior. Já o Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, cuidou expressamente da questão, estabelecendo, no caput do art. 44, que 'os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, disposições de direito privado.'(Grifei)

78. Finalmente, a vigente Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece, no caput do art. 54, que 'os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.'(Grifei).

79. Percebe-se, assim, que os citados princípios e as disposições de direito privado são aplicáveis, supletivamente, aos contratos administrativos, desde que não entrem em choque com preceitos de direito público. Ora, não há qualquer preceito de direito público, em nosso ordenamento jurídico, que exclua as pessoas jurídicas de direito público, ou seus órgãos, da incidência de multa moratória nos casos de prestação de serviços públicos ora examinados. E mesmo que houvesse, é necessário que se diga,



tal norma teria de ter sua validade aferida em confronto com princípios constitucionais, com destaque para os princípios da isonomia e da moralidade.

80. Desse modo, parece evidente que as citadas disposições do Código Civil são aplicáveis aos contratos administrativos, incluídos os de prestação de serviços públicos à Administração Pública, dos quais se tratará mais adiante. Em sendo assim, em princípio, é perfeitamente legítimo que a Administração participe de contrato de prestação de serviços públicos em que se estabeleça multa moratória pelo pagamento de conta após o seu vencimento.

81. O que se poderia argumentar é que, sendo de natureza contratual a multa moratória, os entes públicos poderiam recusar a inclusão de tal cláusula nos contratos que tivessem de celebrar com as concessionárias de serviços públicos. Tal argumentação, porém, não tem condições de prosperar.

82. O contrato para prestação de serviço público, a ser celebrado entre a Concessionária e o Usuário, é da espécie denominada contrato de adesão. Essa espécie contratual é característica da prestação de serviços públicos, embora não seja exclusiva dela. E isso pelo menos por duas razões: a primeira porque, em se tratando de serviços públicos, os usuários contam-se aos milhares ou até milhões, tornando-se impossível que a concessionária discuta as cláusulas contratuais com os possíveis usuários; a segunda porque, conforme já se disse, os usuários, em princípio, devem ser tratados isonomicamente. Assim sendo, nada mais lógico que sejam as cláusulas padronizadas, gerando o contrato de adesão.

83. SILVIO RODRIGUES conceitua contrato de adesão como 'aquele em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra, no geral mais fraca e na necessidade de contratar, não tem poderes para debater as condições, nem introduzir modificações, no esquema proposto. Este último contraente aceita tudo em bloco ou recusa tudo por inteiro'. (Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais de Vontade. 6ª edição - São Paulo : Saraiva, 1977 - Vol. III, p. 45).

84. Em prosseguimento, o mesmo autor, após considerações sobre as diferenças entre os contratos paritários e os de adesão, enquadra nesta última espécie os contratos celebrados com as concessionárias de serviços públicos, afirmando que aquele que deseja contratar com esse tipo de empresa 'não pode discutir o preço e outras condições propostas pela outra parte'; e acrescenta 'Ou se submete a elas, contratando, ou se priva de contratar, o que nem sempre é possível'. (Ob. cit. p. 46).

85. A toda evidência, como se viu, a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão é da concessionária, e não do usuário. Não se diga que, quando o usuário seja pessoa jurídica de direito público (ou seus órgãos), tal competência seja transferida para esta última. HELY LOPES MEYRELLES sustentava que o contrato entre a concessionária de serviços públicos e os usuários era contrato privado. No entanto, TOSHIO MUKAI ponderou que, a partir da modificação do art. 52 do Decreto-lei nº 2.300/86, operada pelo Decreto-lei nº 2.348, de 29 de julho de 1987, acrescentando-lhe o § 3º, a administração pública brasileira celebra, tão só, contratos de direito público: contratos administrativos puros e contratos administrativos de figuração privada. Isso fez HELY LOPES MEYRELLES rever sua anterior posição, adotando a posição de TOSHIO MUKAI, apenas denominando contrato semi-público o que este chama de contrato administrativo de figuração privada (Licitação e Contrato Administrativo. 10ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Maria Prendes - São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 184/185).

86. O referido § 3º do art. 52 do Decreto-lei nº 2.300/86, no que aqui interessa, dispõe: 'Aplica-se o disposto nos artigos 45, 48, 49, 50, 51 e demais normas gerais, no que couber: a) ...; b) aos contratos em que a União for parte, como usuária de serviço público.' (Grifei).

87. Referindo-se a esse dispositivo, assevera TOSHIO MUKAI:

'Quanto à letra b do § 3º, isto é, quando elege nesse contexto contratos em que a União for parte, como usuária de serviço público, essa eleição também mostra que aí se trata de contratos públicos (embora de figuração privada), porque, como afirma Francis Paul Bénoit, esta situação na qual o usuário está dominado pelas autoridades do serviço é, de modo característico, uma situação de direito público, sendo, portanto, a situação dos usuários efetivos dos serviços públicos industriais ou comerciais uma pura situação de direito administrativo'. (O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos - São Paulo : Saraiva, 1988, p. 78).

88. A vigente Lei nº 8.666/93 contém disposição equivalente, dispondo, no art. 62, § 3º, inciso II: 'Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber: I) ..., II) aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público'. (Grifei).





89. A diferença essencial entre os dois textos é que o vigente se refere a Administração, enquanto o anterior referia-se a União, mais restrito, portanto. Quanto ao mais, os textos são idênticos, exceto quanto à referência aos artigos, que, naturalmente, têm numeração diferente.

90. O art. 55 refere-se às cláusulas obrigatórias (necessárias) em todo contrato administrativo. O art. 58 estabelece as prerrogativas da Administração, no que se refere a esses contratos. O art. 59 trata dos efeitos da declaração de nulidade do contrato administrativo. Os arts. 60 e 61 cuidam de aspectos referentes à formalização desses contratos.

91. Como se pode observar, independentemente do nome que se dê aos contratos referidos no inciso II do § 3º da Lei nº 8.666/93 e da natureza que a eles se atribua, o fato é que a esses contratos não se aplicam todos os dispositivos da Lei. As demais normas gerais e mesmo os citados arts. 55 e 58 a 61 aplicam-se no que couber. É o que está expresso no texto sob exame.

92. Para o que aqui interessa, impende ressaltar que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58, ou seja, modificar, unilateralmente, os contratos, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado. Não se pode aplicar, ao caso, esse dispositivo, esclareça-se, no sentido de que caberia a qualquer órgão ou entidade da Administração modificar unilateralmente o contrato. Admitir-se isso, ou seja, que os órgãos públicos pudessem, eles próprios, modificar o contrato, constituiria uma total subversão do conceito de contrato de adesão, além de uma interferência indevida no poder regulamentar do representante do Poder Concedente, fracionando esse poder regulamentar.

93. Como já se viu, tais contratos são contratos de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. Quem tem poder de influir nesse contratos, e, em consequência, nas suas cláusulas, é o representante do Poder Concedente. Este tem esse poder em razão da competência que tem de alterar as cláusulas regulamentares do serviço, entre as quais se encontram aquelas referentes ao relacionamento entre a Concessionária e os Usuários. Parece-me evidente que esse relacionamento se enquadra no que se costuma denominar de normas do serviço, que são de competência do representante do Poder Concedente.

94. Embora a legislação geral sobre concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995) não disponha, expressamente, sobre a submissão, pelas concessionárias, ao representante do Poder Concedente, das minutas dos contratos de adesão a serem celebrados com os usuários, isso não impede, como se viu no item anterior, que o representante do Poder Concedente interfira nesses referidos contratos, inclusive para determinar a inclusão, neles, de cláusulas consideradas convenientes ou necessárias.

95. Ressalte-se que a recente Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que 'dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995', estabeleceu, no art. 96, inciso III, que a concessionária deverá 'submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com operadores estrangeiros' (Grifei)

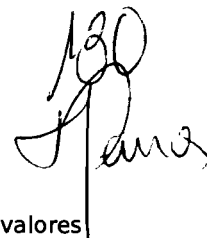
96. A Agência a que se refere o texto é a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8º da citada lei), que, após sua instalação, passará a exercer, no setor, as funções de órgão regulador, representante do Poder Concedente, em substituição ao Ministério das Comunicações, que hoje exerce essa função. A exigência constante do mencionado inciso III do art. 96, da Lei nº 9.472/97 deveria, segundo entendo, ser estendida a todos os serviços públicos.

97. Em síntese, quanto ao aspecto ora tratado, referente à validade da Portaria nº 663/79, parece-me lícito afirmar que a matéria relativa à aplicação de multa moratória, pelas concessionárias de serviço telefônico público, a órgãos públicos inadimplentes, tem fundamento legal nos citados dispositivos do Código Civil, sendo legítima, dada a característica do contrato de adesão e o poder regulamentar do representante do Poder Concedente, que este representante determine a aplicação da mencionada multa, inclusive a órgãos integrantes do próprio Poder Concedente.

98. Há mais a ser ressaltado. A partir da vigência do Decreto-lei nº 2.300/86, passaram a existir, nos contratos administrativos, cláusulas chamadas necessárias, portanto obrigatórias. Entre elas, a que estabelecesse 'as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa'(art. 45, inciso VII). Hoje, vigente a Lei nº 8.666/93, o art. 55, inciso VII, reza:

'Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:





.....
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas'(Grifei).

99. A redação do Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 45, inciso VII) já não permitiria conclusão diversa da de que seria obrigatória cláusula prevendo aplicação de multa inclusive a órgãos públicos, uma vez que se faz referência, de início, às responsabilidades das partes e as penalidades e valor da multa teriam de ser, igualmente, relativos às partes. A redação dada pela Lei nº 8.666/93, ao levar para o plural as expressões 'penalidades cabíveis' e 'valores das multas', ainda mais evidencia essa conclusão. Ressalte-se, além disso, que nos contratos administrativos propriamente ditos pelo menos uma das partes deve ser, necessariamente, integrante da Administração Pública. Por outro lado, não havendo a lei, em ambos os casos (Decreto-lei nº 2.300/86 e Lei nº 8.666/93), especificado a que multas se estaria fazendo referência, é evidente que, entre outras, aí estaria prevista a multa moratória, justamente aquela que tem natureza contratual, como já se viu.

100. Ora, neste caso referente às cláusulas obrigatórias, especialmente da regra contida no citado inciso VII do art. 55 da Lei nº 8.666/93, aí sim cabe a aplicação prevista no inciso II do § 3º do art. 62 da mesma lei, uma vez que tal aplicação não desnatura o contrato de adesão, peculiar ao relacionamento entre a concessionária e os usuários. No meu entender, as disposições legais ora examinadas reforçam, ainda mais, a legitimidade da imposição da referida multa moratória a órgãos públicos, por ato fundado no poder regulamentar do representante do Poder Concedente.

101. Caberia, finalmente, apenas discutir se o valor estabelecido para a multa moratória (10%) estaria em desconformidade com a legislação vigente. Já se viu que, pelo Código Civil, o valor da cominação imposta na cláusula penal, que inclui a multa moratória, é limitado ao valor da obrigação principal (C. Civil, art. 920). Há muita legislação limitando o valor das multas, várias delas prevendo valores superiores a 10%. No entanto, não há qualquer legislação limitando o valor da multa moratória no caso de prestação de serviços telefônicos públicos, ou de qualquer outro serviço público.

102. A própria Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que 'dispõe sobre a proteção do consumidor, e dá outras providências', que ficou conhecida como Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu, no § 1º do art. 52, que 'as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação no seu termo não poderão ser superiores a 10% (dez por cento) do valor da prestação'.(Grifei)

103. Ainda que o mencionado § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90, em sua redação primitiva, tenha fixado em 10% o teto do valor da multa por inadimplemento de obrigação no seu termo, mesmo valor da multa ora examinada, tal regra é, inequivocamente, inaplicável na prestação de serviços públicos. Observe-se que o próprio final do citado § 1º refere-se a valor da prestação. Por outro lado, o caput do art. 52, a que se prende o parágrafo em questão, diz respeito a fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor. Ora, na prestação de serviços públicos não há outorga de crédito ou concessão de financiamento ao usuário, nem pagamento a prestação. O que se dá, no caso de prestação de serviços públicos, é a cobrança, geralmente mensal, do valor dos serviços usufruídos dentro do período, o que é completamente diferente. Daí a inaplicabilidade, no caso, do dispositivo citado da Lei nº 8.078/90.

104. O § 1º do art. 52 da Lei nº 8.078/90 foi alterado pela Lei nº 9.298, de 1º de agosto de 1996, passando o valor da multa a ser limitado a 'dois por cento do valor da prestação'. Pelas mesmas razões apontados no item anterior, tal regra é inaplicável aos contratos de prestação de serviços públicos.

105. Ressalte-se, no entanto, que o representante do Poder Concedente, em razão do poder regulamentar, já enfatizado, poderá, se assim o quiser, reduzir a multa moratória hoje existente, compatibilizando-a com a redução feita pela Lei nº 9.298/96. Entretanto, ao que se sabe, tal providência está sendo cogitada pelo Congresso Nacional, para edição de lei nesse sentido, o que seria salutar, para afastar, de vez, qualquer dúvida que possa remanescer.

106. Concluindo o presente tópico, parece-me lícito concluir que, ao contrário do que entendeu o Tribunal de Contas da União, a Portaria nº 663/79 tinha e tem eficácia para legitimar as despesas dos órgãos públicos, no que se refere à multa moratória, uma vez que existe norma eficaz prevendo a citada multa, conforme se demonstrou.

IX - OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E OS SERVIÇOS POSTAIS: PECULIARIDADES

107. Embora o exame até aqui feito refira-se aos serviços públicos de telefonia, pois em relação a eles é que se consolidou o entendimento do Tribunal de Contas da União, toda a análise feita nos títulos IV, V, VI e VII deste estudo aplica-se aos serviços



públicos de energia elétrica e aos postais. O mesmo se diga quanto ao título VIII, no que se refere aos itens 72 a 105.

(...)

X - ALGUMAS DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS

110. Antes de apresentar a conclusão deste estudo, parece-me necessário esclarecer algumas dúvidas que podem surgir, em razão de observações feitas até aqui.

111. A primeira delas diz respeito aos limites do poder regulamentar dado ao Poder Concedente, quer no que se refere às concessionárias, quer aos usuários do serviço público. Entendo que esse poder regulamentar é amplo, limitado, apenas, pelos direitos concedidos pela lei às concessionárias e aos usuários.

(...)

114. Quanto aos usuários do serviço público, o poder regulamentar do Poder Concedente é, igualmente, amplo. Caberá, neste ponto, levantar a seguinte dúvida: determinada, pelo Poder Concedente, a aplicação de multa moratória aos usuários inadimplentes no pagamento das contas - que é o caso sob exame - essa regra seria aplicável a contratos vigentes, em que tal multa não estava prevista? A resposta a essa indagação deve ser positiva, inclusive nos casos em que os contratos vigentes, expressamente, previssessem a inaplicabilidade de multa moratória.

115. Isso porque, do mesmo modo que o servidor público, o usuário de serviço público não tem direito a regime jurídico. A esse respeito, assim preleciona Marçal Justen Filho: 'A Administração Pública e o concessionário, nos limites de suas competências, podem alterar unilateralmente as condições de prestação do serviço. A impugnabilidade desses atos far-se-á segundo os princípios de direito público. Não haverá possibilidade de invocar a regra de que a expectativa gerada no usuário produziria cristalização das condições originais. Não cabe, por tudo, submeter a prestação do serviço público à mesma disciplina adotada para serviços privados, no tocante à tutela do usuário.' (Concessões de Serviços Públicos - São Paulo: Dialética, 1997, p. 132).

116. Em nota de pé de página, o mencionado autor complementa: 'Nessa linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que ... as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo Poder concedente para atender as razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas (Parcerias na Administração Pública, cit., p. 52).' (Grifei)

(...)

119. Observe-se que, em alguns contratos de prestação de serviço público, existe cláusula no sentido de que a adesão válida ao contrato implica na aceitação, pelo usuário, das normas que regulam a prestação do serviço, inclusive suas possíveis alterações. No entanto, insista-se, tal cláusula é desnecessária, uma vez que o que nela se contém deflui, como se viu, da própria natureza desses contratos e, hoje, da própria legislação pertinente.

120. Em síntese, pois, o Poder Concedente pode, em função do poder regulamentar, que lhe cabe, estabelecer regra para o relacionamento entre as concessionárias e os usuários do serviço, regra essa que, uma vez editada, se considera inserida no contrato de prestação desses serviços. Inadmissível é que tal regra seja aplicada em relação a serviços prestados anteriormente à sua edição. No entanto, relativamente aos serviços prestados a partir da edição da nova regra, dúvida alguma pode restar quanto à sua aplicação.

121. A última dúvida que poderia ser levantada refere-se à afirmação que se fez no tocante à alínea b do § 3º do art. 52 do Decreto-lei nº 2.300/86 e ao inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/96 (vide itens 85 a 93 deste Parecer).

122. Ali se disse (no item 92) que uma das regras que não se aplicam aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público é a referida no inciso I do art. 58 da Lei nº 8.666/93. Poder-se-á obstar que o caput do art. 58 confere, à Administração, prerrogativas, entre elas a do citado inciso I, e, em sendo assim, não se poderia sobre isso transigir. A objeção, no entanto, não pode prosperar.

123. Em primeiro lugar, é preciso dizer-se que as prerrogativas da Administração não lhe são conferidas imotivadamente. Elas são dadas para permitir que a Administração realize seus fins, que se resumem 'num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada'. (Hely Lopes Meirelles. Direito Administrativo Brasileiro - 22ª ed. Atualizada - São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 81). E acrescenta o saudoso mestre: 'Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almeçadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus

membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade' (Ob. cit., loc. cit.).

124. Em decorrência disso, o interesse público não se confunde com o interesse da Administração ou do administrador. Para estes, no que respeita ao tema sob análise, pode interessar não pagar multas nos casos de inadimplência no cumprimento de suas obrigações. No entanto, o interesse público está em que, como todo usuário, cumpra suas obrigações na forma e no prazo convencionados, e, caso contrário, sujeite-se às sanções próprias do inadimplemento. Mesmo porque, em assim sendo, estar-se-á dando acatamento aos princípios constitucionais da isonomia e da moralidade.

125. Finalmente, em segundo lugar, cabe lembrar que o mencionado dispositivo legal - inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/93 - determina que as disposições nele indicadas aplicam-se aos contratos em que a Administração seja parte como usuária de serviço público no que couber. Esta expressão foi introduzida, deliberada e sabiamente, tendo em vista as características próprias desses contratos, de natureza preponderantemente privada. Além disso, nesses contratos, as prerrogativas da Administração são exercidas pelo representante do Poder Concedente, que sobre eles, como já se viu, tem ampla disposição. Admitir o contrário, ou seja, que qualquer órgão público, na qualidade de usuário do serviço, exerça essas prerrogativas, constitui total subversão, o que, segundo entendo, visou o legislador a impedir, introduzindo a referida expressão limitativa. Parece-me, assim, que a dúvida não pode prosperar.

XI - CONCLUSÃO

126. À vista de todo o exposto no presente estudo, em que procurei ser o mais sintético possível, sem embargo de procurar examinar todos os aspectos essenciais do assunto, entendo haver restado demonstrado que:

a) Os precedentes da Consultoria-Geral da República e a Súmula nº 93 do Tribunal Federal de Recursos, referentes a aplicação de multa moratória por entidades previdenciárias são, sem sombra de dúvida, inaplicáveis no caso de prestação de serviços de energia elétrica, postais e telefônicos (itens 22 a 40 deste Parecer);

b) o fato de, na concessão de serviço público, não haver transferência da titularidade do serviço, mas apenas de sua execução, nada tem a ver com a possibilidade ou não de aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente (itens 41 a 50);

c) o princípio da legalidade, no que toca ao administrador público, não pode ser entendido no sentido de se exigir que a lei expressamente autorize o administrador a praticar determinado ato, mas sim que a situação a que se refere o ato a ser praticado esteja regulada em lei (itens 51 a 68);

d) a Portaria nº 663/79, do Ministério das Comunicações, é válida, quanto à imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, por existir norma legal regulando a referida multa, por ser de adesão o contrato celebrado entre a concessionária e o usuário e por enquadrar-se no poder regulamentar do representante do Poder Concedente a faculdade de interferir nesse contrato (itens 69 a 106 e 110 a 125).

e) a imposição da multa moratória é igualmente válida, no que se refere aos serviços públicos de energia elétrica e aos postais, conforme sintetizado nos precedentes itens 107 a 109.

127. Em razão disso, parece-me evidente que os fundamentos invocados pelo Tribunal de Contas da União não permitem a conclusão a que chegou a referida Corte, no sentido de considerar que é ilegítima a aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público nos casos em que elas paguem, com atraso, contas referentes à prestação dos serviços postais, telefônicos e de energia elétrica.

128. Tenho sérias dúvidas a respeito da correção do entendimento exarado no Parecer L-038 e na Súmula nº 93 do T.F.R., ao emprestar validade ao art. 295 do Regulamento da Previdência Social então vigente, ou seja, ao reconhecer que um decreto pudesse excluir as pessoas jurídicas de direito público da imposição da multa moratória que ali se discutia. Tenho dúvidas, até, sobre se seria válido que lei viesse a prever essa exclusão, pura e simplesmente, diante dos princípios constitucionais da isonomia (igualdade) e da moralidade. Essas dúvidas, no entanto, demandariam acurado exame, que não cabe no presente estudo, especialmente tendo-se em conta que, em relação aos serviços aqui analisados, não existe qualquer norma excludente, quer seja decreto, quer lei.

129. O que se impõe, aqui, afirmar é que, à luz do direito vigente, é perfeitamente legítima e legal a aplicação, pelas concessionárias dos serviços telefônicos, postais e de energia elétrica, de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, inclusive ao Poder Concedente, que paguem suas contas com atraso.

(...)

11. Por oportuno, também vale destacar alguns trechos do Parecer n.º 78/2011/DECOR/CGU/AGU, de 19/04/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União em 21/10/2011, que seguiu as diretrizes firmadas no Parecer n.º GQ-170:

PODER PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE REAJUSTE DOS CONTRATOS. MULTA MORATÓRIA. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS POR FALTA DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO SOMENTE QUANTO AOS NÃO ESSENCIAIS

I – Ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2.º da Lei n.º 8.078/90, é possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público.

II – Os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9.º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes.

III – A Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170).

IV – No caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

III – Considerações preliminares: contratos administrativos, contratos da Administração e o Parecer GQ-170

6. Antes de buscar esclarecer as dúvidas suscitadas, convém tecer algumas considerações sobre a natureza dos pactos celebrados pela Administração Pública e o regime jurídico a eles aplicável.

7. Em primeiro lugar, vale dizer que as disposições da Lei n.º 8.666/93 referem-se genericamente a contratos administrativos (arts. 1.º, caput, art. 2.º, parágrafo único, 54, 58 etc.). Todavia, análise cuidadosa do estatuto revela a existência das duas principais espécies de contratos, submetidas a regimes jurídicos distintos.

8. A nomenclatura oscila na doutrina, mas, em linhas gerais, os contratos firmados pela Administração podem ser classificados como contratos administrativos (contratos administrativos em sentido estrito, contratos públicos, contratos administrativos típicos, contratos administrativos puros ou contratos administrativos propriamente ditos) ou contratos da Administração (contratos semipúblicos, contratos administrativos atípicos, contratos de Direito Privado da Administração ou contratos administrativos de figuração privada).

9. Eis as características apontadas por grandes doutrinadores pátrios sobre as características desses dois grandes grupos de contratos:

Embora típica do Direito privado, a instituição do contrato é utilizada pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí porque a teoria geral do contrato é a mesma tanto para os contratos privados (civis e comerciais) como para os contratos públicos, de que são espécies os contratos administrativos e os acordos internacionais. Todavia, os contratos públicos são regidos por normas e princípios próprios do Direito Público, atuando o Direito Privado apenas supletivamente, jamais substituindo ou derogando as regras privativas da Administração.

(...)

Conceito – Contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração.

(...)

Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.

A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e freqüentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas hipóteses haverá

133
J. A. S.

134
Faro

interesse e finalidade pública como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de natureza semipública (contrato administrativo atípico, como já o conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá contrato administrativo típico. Daí a necessária distinção entre contrato semipúblico da Administração e contrato administrativo propriamente dito, como já o fez a lei (art. 62, § 3.º, I). [Hely Lopes Meirelles]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar 'contratos'.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração;
- b) 'contratos administrativos'.

Os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos reger-se-iam pelo Direito Administrativo. Assim, como exemplos dos primeiros têm-se a compra e venda de um imóvel, a locação de uma casa para nela instalar uma repartição pública etc. Exemplificam os segundos a concessão de serviço público, o contrato de obra pública, a concessão de uso de bem público.

3. Uns e outros estão parificados pelo menos quanto às condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo Direito Administrativo; do que resultam, caso violadas as normas pertinentes, vícios específicos a estas figuras; vale dizer, caracterizados de acordo com os princípios e normas do Direito Administrativo.

4. Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos – os 'contratos administrativos' assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. [Celso Antônio Bandeira de Mello]

8.4 Traços distintivos entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, duas modalidades.

1. Os contratos de direito privado, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;

2. Os contratos administrativos, dentre os quais incluem-se:

a) os tipicamente administrativos, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público;

b) os que têm paralelo no direito privado, mas são também regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada.

Embora de regimes jurídicos diversos, nem sempre é fácil a distinção entre os contratos privados da Administração e os contratos administrativos, pois, como os primeiros têm regime de direito privado parcialmente derogados pelo direito público, essa derrogação lhes imprime algumas características que também existem nos da segunda categoria. Importa, portanto, indicar os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de contratos da Administração.

Sabe-se que o regime jurídico administrativo caracteriza-se por prerrogativas e sujeições; as primeiras conferem poderes à Administração, que a colocam em posição de supremacia sobre o particular; as sujeições são impostas como limites à atuação administrativa, necessários para garantir o respeito às finalidades públicas e aos direitos dos cidadãos.

Quando se cuida do tema contratual, verifica-se que, no que se refere às sujeições impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem a exigências de forma, de procedimento, de competência, de finalidade; precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são contratos administrativos.

Com efeito, sob o aspecto formal, exige-se, para todos os contratos da Administração, pelo menos a forma escrita; mesmo na alienação de bens móveis, essa exigência deve ser respeitada, ressalvados apenas alguns contratos de pequeno valor e pagamento imediato, em que se admite a forma verbal (art. 60, parágrafo único, da Lei n.º 8.666, de 21-6-93).

Com relação às finalidades e procedimentos para a celebração do contrato, também não há distinção; todos eles estão sujeitos, em maior ou menor grau, à observância de requisitos previstos em lei para a sua validade, como autorização legislativa (quando for o caso), avaliação, licitação, motivação, indicação de recursos orçamentários, publicação, aprovação pelo Tribunal de Contas.

¹³⁵
J. Amorim

Também no que concerne à competência, as regras são as mesmas, pois, em direito administrativo, toda a competência resulta da lei.

A finalidade, direta ou indiretamente, há de ser sempre pública, sob pena de desvio de poder.

Já no que concerne às prerrogativas, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa.

Tais cláusulas podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra.

Algumas não são comuns nos contratos de direito privado, mas podem existir, desde que livremente pactuadas pelas partes, dentro do princípio da autonomia da vontade e desde que não haja ofensa a disposição expressa de lei. Tal é o caso das cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou o de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução.

Outras cláusulas seriam ilícitas nos contratos entre particulares, porque dão a uma das partes poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração. É o caso das cláusulas que prevêm aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, a responsabilização do contratado sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário; em todos esses casos está presente a executoriedade, que constitui atributo de certos atos praticados pela Administração e que não seriam válidos quando conferidos ao particular.

Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; elas têm que ser expressamente previstas, com base em lei que derogue o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o comodato de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de exigí-lo de volta por motivo de interesse público.

Por isso, deve ser aceita com reservas a afirmação de que no contrato administrativo a posição entre as partes é de verticalidade (o que é verdadeiro) e no contrato privado celebrado pela Administração, a posição das partes é de horizontalidade, o que não é inteiramente verdadeiro, quer pela submissão do Poder Público a restrições inexistentes no direito comum, quer pela possibilidade de lhe serem conferidas determinadas prerrogativas, por meio de cláusulas exorbitantes expressamente previstas.

Outra diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração diz respeito ao objeto. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de 'atividade exercida sob regime jurídico exorbitante', mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. (...)

Diríamos até que, mais do que o tipo de atividade, o que se considera essencial para a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta diretamente do contrato. (...)

Ao contrário, quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público. (...)

(...)

8.5.2 Legislação ordinária

A Lei n.º 8.666/93, com as alterações posteriores, abrange todos os contratos por ela disciplinados sob a denominação de contratos administrativos (arts. 1.º e 54), embora nem todos tenham essa natureza. (...)

No entanto, alguns desses contratos regem-se basicamente pelo direito privado, com sujeição a algumas normas de direito público constantes dessa lei. (...)

(...)



136
Fano

Houve, no entanto, uma evidente intenção do legislador de publicizar os contratos de direito privado celebrados pela Administração; é o que decorre do artigo 62, § 3.º, que manda aplicar o disposto nos artigos 55 e 58 a 61 e demais normas gerais, no que couber:

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

2. aos contratos em que a Administração for parte, como usuária de serviço público. Dentre as normas que o dispositivo manda aplicar a todos esses contratos, consta a do artigo 58, que é precisamente o que consagra algumas cláusulas exorbitantes, próprias dos contratos administrativos, como os poderes de alteração e rescisão unilateral, de fiscalização e de aplicação de sanções. Essa publicização ou aplicação das normas gerais da Lei n.º 8.666 é apenas parcial, pois somente se fará no que for compatível com as regras do direito privado que disciplinam tais contratos; essa conclusão decorre da própria redação do dispositivo, que fala em contratos regidos 'predominantemente por normas de direito privado'. [Maria Sylvia Zanella Di Pietro]

3. Características dos Contratos Administrativos

Hely Lopes Meirelles conceitua contratos administrativos como 'o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração'.

Devemos observar que esta conceituação refere-se apenas aos denominados contratos administrativos propriamente ditos, que são justamente aqueles em que a Administração atua nessa qualidade e, portanto, dotada das prerrogativas características de Direito Público (supremacia).

Entretanto, a Administração, em muitos casos, celebra, também, contratos sob formas predominantes do Direito Privado, caso em que, em princípio, encontra-se ela, a Administração, em posição de igualdade com o particular contratante. Costuma-se denominar essa espécie como contrato administrativo atípico, ou, mais freqüentemente, 'contrato da Administração'. (...)

Em resumo, a doutrina usualmente emprega a expressão 'contrato administrativo' para referir-se aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Público, nos quais a Administração figura em posição jurídica de supremacia, e, em contraposição, o termo 'contrato da Administração', para aludir aos contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado, em que a Administração está, em princípio, em condição de igualdade jurídica com o particular.

Apesar de ser pacífica a existência desses contratos celebrados pela Administração regidos predominantemente pelo Direito Privado, a Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 62, § 3.º, inciso I, depois de expressamente reconhecer a existência de contratos da Administração cujo conteúdo seja regido predominantemente por norma de direito privado (a Lei expressamente alude, de forma exemplificativa, a contratos de seguro, financiamento e locação em que o Poder Público seja locatário), fez estenderem-se a tais contratos, no que couber, as principais prerrogativas da Administração aplicáveis aos contratos administrativos propriamente ditos, como a possibilidade de modificação unilateral do contrato, o poder de rescindi-lo unilateralmente, a fiscalização de sua execução, aplicação de sanções, ocupação provisória (para garantia da manutenção da continuidade de serviços essenciais).

Observa-se, portanto, que se atenuou a distinção entre 'contratos administrativos' e 'contratos da Administração', porque as mais importantes prerrogativas de Direito Público, que caracterizam os contratos administrativos propriamente ditos, passaram, por força da Lei n.º 8.666/1993, a ser aplicáveis aos demais contratos celebrados pela Administração. É verdade, entretanto, que as prerrogativas de Direito Público aplicam-se aos 'contratos da Administração' somente no que couber e, sem dúvida, nos casos em que o conteúdo do contrato seja próprio do domínio econômico, muito poucas ou mesmo nenhuma cláusula estranha ao Direito Privado poderá ser considerada 'cabível'. Em suma, a Lei criou uma área de insegurança jurídica, porque reconhece que há contratos celebrados pela Administração que são regidos predominantemente pelo Direito Privado, mas, ao mesmo tempo, afirma que a eles se aplicam prerrogativas de Direito Público em favor da Administração, mas somente 'no que couber', sem que se possa saber quando é que, efetivamente, caberá a aplicação de alguma dessas prerrogativas a esse tipo de contrato! [Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo]

10. No que se refere ao caso em tela, cabe salientar que os contratos nos quais a Administração figura como usuária de serviço público só podem ser enquadrados como contratos da Administração (contratos semipúblicos, contratos administrativos atípicos,

187
F. Augusto

contratos de Direito Privado da Administração ou contratos administrativos de figuração privada), ocorrendo, assim, a aplicação precípua das regras de Direito Privado. Essa é a conclusão que se extrai do inciso II do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1.º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

§ 2.º Em 'carta contrato', 'nota de empenho de despesa', 'autorização de compra', 'ordem de execução de serviço' ou outros instrumentos hábeis aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

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.

11. E qual é exatamente o regime desses contratos em que a Administração aparece como usuária de serviço público?

12. As lições precisas do jurista Marcos Juruena Villela Souto fornecem os parâmetros do regime jurídico aplicável aos contratos da Administração relativos à prestação de serviços públicos:

2.6. A Administração Pública como Usuária de Serviços Públicos

Sabido que a Administração celebra contratos tanto regidos pelo direito público como pelo direito privado, uma das hipóteses típicas de contrato privado da Administração Pública ocorre quando ela for usuária de um serviço público, conforme se depreende do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93, que reconhece o caráter diferenciado desses contratos: (...)

Nestes contratos somente incidem as regras que não desnaturem a essência dos ajustes privados, em especial no que concerne à aplicação das cláusulas exorbitantes, que são, quase sempre, incompatíveis com a natureza predominantemente privada de alguns contratos (eis que podem ensejar o total rompimento do equilíbrio contratual, a ponto de inviabilizá-lo).

Nesse passo, a Administração, quando usufrui um determinado serviço público, equipara-se a qualquer usuário, conforme já decidiu o Colendo Tribunal de Contas da União:

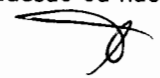
'É já na fase de execução do serviço público que surgem as relações entre o concessionário e os usuários do serviço. Em princípio, os usuários do serviço público devem ser tratados com igualdade, isonomicamente, salvo se o contrário estiver estabelecido em lei, e ainda assim tal discriminação estará sujeita ao exame da compatibilidade com outros princípios constitucionais (...)

Assim, o poder concedente, quando colocado na situação de usuário de serviço público, equipara-se a qualquer outro usuário de serviço público, despidendo-se, nesse caso, das prerrogativas que possui, enquanto poder concedente, em razão da manutenção da titularidade do serviço. Em síntese: enquanto poder concedente, em razão da titularidade do serviço, detém os poderes e prerrogativas (...); enquanto usuário, o que somente ocorre na fase de execução do serviço, equipara-se a qualquer outro usuário. Não há razão de natureza ética ou jurídica que leve a outro entendimento'. [Decisão n.º 537/99 – Plenário, D.O.U. de 02/09/1999, no trecho em que transcreve parte do Parecer n.º GQ-170 da AGU para apoiar a tese do TCU]

Sabendo-se, portanto, que a Administração iguala-se aos demais usuários de serviços públicos, impõe-se analisar a maneira pela qual são firmadas as relações da prestadora do serviço com os usuários – entre os quais se situa a Administração.

As prestadoras de serviço público relacionam-se com um número indeterminado de pessoas, as quais devem ser tratadas de forma isonômica, até porque, pela quantidade de destinatários envolvidos, impossível se torna a negociação individualizada com cada um deles.

A técnica encontrada pelo ordenamento jurídico foi a de manifestação da autonomia da vontade por meio de adesão a cláusulas previamente estabelecidas pelo fornecedor de bens e serviços. A autonomia contratual realiza-se, assim, pela adesão ou não ao instrumento proposto.



138
Parecer

(...)

Neste passo, a relação entre as prestadoras de serviços públicos e as diversas Administrações Públicas usuárias do serviço prestado materializa-se por meio de um contrato de adesão, que representa a única técnica de relacionamento isonômico em massa.

(...)

Portanto, é possível, preliminarmente, concluir que: a) a circunstância de estar presente a Administração Pública em um contrato não o transforma em contrato administrativo típico; b) nos contratos privados da Administração, caracterizados por uma igualdade de posição jurídica entre as partes, o regime aplicável é o de direito privado, aplicando-se as normas de direito público 'cabíveis', consoante disposto no § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93; c) os contratos celebrados pela Administração enquanto usuária são contratos privados, não havendo nenhuma diferenciação em relação aos demais usuários do serviço; d) este contrato caracteriza-se por ser de adesão, conclusão esta que decorre da própria natureza do contrato de prestação de serviços públicos, que se destina a um conjunto indeterminado de usuários, exigindo, pois, padronização para conferir tratamento isonômico a todos; e) ainda que ostente forma diferenciada do impresso padronizado para os demais usuários – em decorrência da presença de cláusulas típicas dos contratos da Administração, tais como as relativas à fonte dos recursos, à publicação e à remessa do instrumento às Cortes de Contas –, o padrão de obrigações é o mesmo, assim como a técnica e o regime regulatório.

(...)

13. Também Marçal Justen Filho segue a mesma linha ao apontar que a aplicação, no que couber, de algumas normas da Lei n.º 8.666/93, não pode desnaturar os contratos da Administração:

5) A questão dos contratos de direito privado

(...)

Mas a participação de entidade administrativa em uma relação contratual caracteristicamente privada não significa a incidência integral do regime de direito público. As competências mais características, indicadas no art. 58, não podem ser aplicadas.

É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. Poderia supor-se que a diferenciação relaciona-se com o grau de vinculação entre a avença e a satisfação dos interesses fundamentais. As contratações indispensáveis à promoção do bem comum são subordinadas integralmente ao regime de direito público, enquanto as que não se apresentam assim indispensavelmente relacionadas com os interesses fundamentais permaneceriam sujeitas ao regime privatístico. Mas essa formulação não é satisfatória, especialmente sob o prisma prático. Como diferenciar as duas situações na realidade? É muito difícil.

Talvez a melhor solução seja reconhecer que a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado.

(...)

14. Com efeito, esta Advocacia-Geral da União no Parecer GQ-170, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República e publicado no DOU de 13/10/1998, tratou dos contratos em que a Administração figura como usuária de serviço público e abordou parte das dúvidas levantadas pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Tocantins. Cumprindo destacar que o Parecer GQ-170 adotou o Parecer AGU/LA-02/97, que assim cuidou da aplicação de multa moratória à Administração por concessionária de serviço público:

(...)

15. Como se percebe, o Parecer AGU/LA-02/97 enfatizou: a) que à Administração Pública não deve ser conferido tratamento privilegiado quando estiver na posição de usuária do serviço público (§§ 46 e 48 do citado parecer); b) a natureza de contrato de adesão dos contratos para a prestação de serviço público; c) a impossibilidade de aplicação do art. 58, I, aos contratos indicados no inciso II do § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93, eis que isso subverteria o conceito de contrato de adesão (§ 92); e d) a força da expressão "no que couber" contida no § 3.º do art. 62 da Lei n.º 8.666/93 (§ 91).

(...)

VII – Conclusão

38. Diante do exposto, lastreado nos termos do Parecer GQ-170, bem como no preceito insculpido no art. 62, § 3.º, II, da Lei n.º 8.666/93, entende-se que:

139
Parecer

- a) ante o conceito legal de consumidor fixado no art. 2.º da Lei n.º 8.078/90, é possível a aplicação do Código de Defesa de Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuário do serviço público;
- b) os reajustes dos contratos de prestação de serviços públicos devem observar os índices e critérios estipulados nas Leis 8.987/95 (arts. 9.º ao 13), 9.427/96 (arts. 14 e 15), 9.472/97 (arts. 103 a 109) e 11.445/2007 (arts. 37 a 39), bem como nas normas específicas das agências reguladoras competentes;
- c) a Advocacia-Geral da União já definiu ser viável a imposição de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público (Parecer GQ-170); e
- d) no caso de inadimplemento do Poder Público quando na condição de usuário de serviço público, somente é admissível a suspensão dos serviços públicos não essenciais, conforme uníssona jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

12. Considerando as premissas firmadas no Parecer n.º GQ-170 e no Parecer n.º 78/2011/DECOR/CGU/AGU, parte-se agora para o enfrentamento direto da questão concernente aos limites impostos às Consultorias Jurídicas ao analisar minutas de contratos de fornecimento de energia elétrica a órgãos públicos federais.

13. Com efeito, a aplicação integral das regras enunciadas no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93 aos casos de apreciação de minutas de contrato de fornecimento de energia elétrica a ser celebrado por órgão público federal parece não se coadunar com o sistema regulatório vigente.

14. A Lei n.º 9.427/96, que instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL e disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, assim estatui:

(...)

Art. 2.º A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal.

Art. 3.º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no § 1.º, compete à ANEEL: (Redação dada pela Lei nº 10.848, de 2004) (Vide Decreto nº 6.802, de 2009).

(...)

V - dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

(...)

XIV - aprovar as regras e os procedimentos de comercialização de energia elétrica, contratada de formas regulada e livre; (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

(...)

XIX - regular o serviço concedido, permitido e autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação. (Incluído pela Lei nº 10.848, de 2004)

15. Ora, a aprovação das minutas de contrato pelas unidades consultivas da Advocacia-Geral da União não é compatível com a natureza de contrato de adesão ostentada pelos contratos de fornecimento de energia elétrica.

16. Não há como imaginar a aprovação da minuta do contrato de fornecimento de energia elétrica pelas Consultorias jurídicas da União sem que haja uma desnaturação do contrato de adesão. Sendo certo que o Parecer n.º GQ-170 defendeu enfaticamente a impossibilidade de transmutação do contrato da Administração em contrato administrativo.

17. Conforme expressamente anotado no Parecer n.º GQ-170, as cláusulas do contrato de adesão são estipuladas pelas concessionárias. Quem tem o poder de influir nessas cláusulas é o representante do Poder Concedente, e não o órgão público federal usuário do serviço.

18. O órgão usuário do serviço público não tem a prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato. Sendo assim, não faz sentido compreender que a assinatura do



M10
Francis

contrato dependa da aprovação de órgão jurídico. Isso é o que se extrai da leitura do Parecer n.º GQ-170:

82. O contrato para prestação de serviço público, a ser celebrado entre a Concessionária e o Usuário, é da espécie denominada contrato de adesão. Essa espécie contratual é característica da prestação de serviços públicos, embora não seja exclusiva dela. E isso pelo menos por duas razões: a primeira porque, em se tratando de serviços públicos, os usuários contam-se aos milhares ou até milhões, tornando-se impossível que a concessionária discuta as cláusulas contratuais com os possíveis usuários; a segunda porque, conforme já se disse, os usuários, em princípio, devem ser tratados isonomicamente. Assim sendo, nada mais lógico que sejam as cláusulas padronizadas, gerando o contrato de adesão.

(...)

85. A toda evidência, como se viu, a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão é da concessionária, e não do usuário. Não se diga que, quando o usuário seja pessoa jurídica de direito público (ou seus órgãos), tal competência seja transferida para esta última. (...)

(...)

93. Como já se viu, tais contratos são contratos de adesão, cujas cláusulas são estabelecidas pela Concessionária. Quem tem poder de influir nesse contratos, e, em consequência, nas suas cláusulas, é o representante do Poder Concedente. Este tem esse poder em razão da competência que tem de alterar as cláusulas regulamentares do serviço, entre as quais se encontram aquelas referentes ao relacionamento entre a Concessionária e os Usuários. Parece-me evidente que esse relacionamento se enquadra no que se costuma denominar de normas do serviço, que são de competência do representante do Poder Concedente.

94. Embora a legislação geral sobre concessões (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995) não disponha, expressamente, sobre a submissão, pelas concessionárias, ao representante do Poder Concedente, das minutas dos contratos de adesão a serem celebrados com os usuários, isso não impede, como se viu no item anterior, que o representante do Poder Concedente interfira nesses referidos contratos, inclusive para determinar a inclusão, neles, de cláusulas consideradas convenientes ou necessárias.

95. Ressalte-se que a recente Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que 'dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995', estabeleceu, no art. 96, inciso III, que a concessionária deverá 'submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com operadores estrangeiros' (Grifei)

96. A Agência a que se refere o texto é a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 8º da citada lei), que, após sua instalação, passará a exercer, no setor, as funções de órgão regulador, representante do Poder Concedente, em substituição ao Ministério das Comunicações, que hoje exerce essa função. A exigência constante do mencionado inciso III do art. 96, da Lei nº 9.472/97 deveria, segundo entendo, ser estendida a todos os serviços públicos.

(...)

19. Como se percebe, o referido Parecer n.º GQ-170 defende a extensão da regra constante do art. 96, III, da Lei n.º 9.472/97 a todos os serviços públicos. E a citada lei, que trata dos serviços de telecomunicações impõe que a minuta de contrato-padrão seja submetida pela concessionária à ANATEL para aprovação:

Art. 96. A concessionária deverá:

(...)

III - submeter à aprovação da Agência a minuta de contrato-padrão a ser celebrado com os usuários, bem como os acordos operacionais que pretenda firmar com prestadoras estrangeiras;

20. A extensão da regra é, de fato, salutar para a Administração, sobretudo porque atende ao princípio constitucional da eficiência.

21. Descartada a necessidade de aprovação da minuta de contrato pelas unidades consultivas desta Advocacia-Geral, alguns poderiam pretender dispensar o



assessoramento jurídico no que diz respeito ao conteúdo do pacto. Por óbvio, isso não é possível.

22. O que aqui se sustenta é a incompatibilidade entre a aprovação das minutas de contrato de fornecimento de energia elétrica por unidade consultiva desta AGU e o regime regulatório estabelecido. Não se repele a necessidade de assessoramento jurídico. O que não ocorre é a aprovação da minuta por parte da unidade consultiva nesse caso específico. A análise jurídica deve ser realizada.

23. Entende-se que o poder para aprovar minutas de contrato é dado à agência reguladora, e não aos órgãos usuários de serviços públicos.

24. Ora, se os órgãos não tem o poder de alterar as minutas de contrato, não faz sentido exigir aprovação das minutas por assessoria jurídica da Administração.

25. Como deve ocorrer, então, o exercício da atividade consultiva no que se refere aos contratos de fornecimento de energia elétrica?

26. Em primeiro lugar, a unidade consultiva desta Advocacia-Geral da União deve examinar normalmente a minuta de contrato, sem aprovar ou reprovar o instrumento. Verificará a compatibilidade entre a minuta de contrato apresentada pela concessionária nos autos e aquela minuta-padrão porventura aprovada previamente pela ANEEL. Serão confrontados os textos em busca de alguma incongruência. No mesmo momento, as cláusulas do contrato devem ser cotejadas com normas e princípios constitucionais, legais e infralegais.

27. Caso a Consultoria Jurídica da União identifique impropriedades, deverá recomendar que o órgão assessorado provoque o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427/96, a fim de que a mencionada agência reguladora resolva a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor.

28. A ANEEL, por sua vez, após ouvir a Procuradoria Federal, decidirá administrativamente a questão.

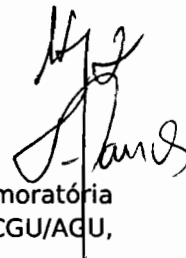
29. Discordando do posicionamento oficial da ANEEL e apontando fundamentadamente hipótese que atraia a competência da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica da União poderá submeter a controvérsia jurídica à Consultoria-Geral da União, que buscará a solução da *quaestio* pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal ou por este Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos.

30. Os procedimentos recomendados acima partem da extensão do art. 96, III, da Lei n.º 9.472/97 ao serviço de energia elétrica, na forma preconizada no Parecer n.º GQ-170.

31. Todavia, não havendo minuta-padrão de contrato aprovada pela ANEEL, as Consultorias Jurídicas da União não deixarão de analisar as minutas de contrato. Como se disse, observarão se as cláusulas contratuais obedecem à Constituição, às leis e aos regulamentos (no caso específico do serviço de energia elétrica, ressalta-se a existência da Resolução Normativa ANEEL n.º 414, de 09/09/2010). E o procedimento acima sugerido deverá ser seguido no caso de eventual divergência.

32. Por fim, vale dizer que as outras questões conflituosas abordadas no Parecer n.º 184/2011/CJU-ES/CGU/AGU já foram objeto de exame por parte desta Consultoria-Geral da União: a) suspensão dos serviços públicos por falta de pagamento da Administração e aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em favor da Administração quando na posição de usuária do serviço público (Parecer n.º 78/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União em 21/10/2011); b) renovações dos contratos de






serviços públicos (Orientação Normativa AGU n.º 36, de 13/12/2011); c) multa moratória (Parecer n.º GQ-170); e d) atualização monetária (Parecer n.º 166/2010/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo Exmo. Sr. Consultor-Geral da União em 30/04/2012).

33. Ante o exposto, entende-se que:

- a) o fato de os contratos de fornecimento de energia elétrica ostentarem a natureza de contratos de adesão, os incisos V, XIV e XIX do art. 3.º da Lei n.º 9.427/96, bem como o teor do Parecer n.º GQ-170 recomendam a interpretação do art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93 no sentido de que as unidades consultivas da Advocacia-Geral da União devem analisar as minutas de tais pactos, mas sem o poder de aprová-las;
- b) a extensão do art. 96, III, da Lei n.º 9.472/97, que impõe à concessionária a necessidade de submeter a minuta de contrato-padrão à ANATEL para aprovação, também aos serviços de energia elétrica é medida eficiente, devendo, por isso, ser estimulada;
- c) a análise jurídica a ser empreendida pelas unidades consultivas desta Advocacia-Geral da União é imprescindível para verificação da compatibilidade entre a minuta de contrato e o ordenamento jurídico pátrio;
- d) ao identificar impropriedade, a Consultoria Jurídica da União deverá recomendar que o órgão assessorado provoque o representante do Poder Concedente (ANEEL), nos termos do art. 3.º, V, da Lei n.º 9.427/96, a fim de que a mencionada agência reguladora, após ouvir a Procuradoria Federal, resolva a divergência entre a concessionária e o órgão federal consumidor; e
- e) discordando do posicionamento oficial da ANEEL e apontando fundamentadamente hipótese que atraia a competência da Advocacia-Geral da União, a Consultoria Jurídica da União poderá submeter a controvérsia jurídica à Consultoria-Geral da União.

À consideração superior.

Brasília, 05 de julho de 2012.


Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052