

# JURISPRUDÊNCIA ADMINISTRATIVA

## CONCESSIONÁRIO — ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA — MULTA MORATÓRIA

*— Legalidade da aplicação de multa moratória por concessionário de serviço de energia elétrica, postal e telefônica a pessoa jurídica de direito público pelo atraso no pagamento de contas por serviço prestado.*

### PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Advocacia Geral da União

Parecer n. GQ 170

#### PARECER

Nº GQ — 170, de 6 de outubro de 1998.  
“Aprovo. Em 6-X-98”. (Processo nº 46000.009073/93-95).

PROCESSO Nº 46000.009073/93-95

ORIGEM: Ministério do Trabalho

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

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 eminente 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.

#### PARECER

##### 1. RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho, em razão de controvérsia surgida quando do aditamento a contrato celebrado entre o Ministério do Trabalho e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República a EM/MTb/030/95, de 17 de março de 1995, solicitando a manifestação do órgão de cúpula da Advocacia-Geral da União sobre o assunto.

2. Como se vê na referida Exposição de Motivos, a Consultoria Jurídica e a Secretaria de Controle Interno do Ministério do Trabalho entenderam ser indevida a cobrança de multa por atraso, embasando-se nas medidas de estabilização econômica do Governo e na Decisão nº 442/93-TCU. Já o Departamento Jurídico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos discorda desse entendimento.

3. Pelo Aviso/GM/MTb/Nº 91/95, de 17 de março de 1995, o Exmo. Sr. Ministro de Estado do Trabalho encaminhou o assunto, para as providências de estilo, ao Exmº Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil, anexando o Processo Mtb 46000.009073/93. Foi solicitada a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, o que foi atendido pelo Parecer CONJUR/MC nº 3.444/95, de 30 de maio de 1995.

4. No referido Parecer, faz-se um histórico da situação, demonstrando-se haver várias controvérsias entre as partes, apoiando, finalmente, a posição defendida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

5. O Exmo. Sr. Ministro de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, pelo Aviso nº 2.545, de 11 de dezembro de 1995, encaminhou o assunto à consideração do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, que o distribuiu a mim, para exame e parecer.

6. Embora existam, no processo, várias outras divergências entre os órgãos jurídicos dos Ministérios do Trabalho e das Comunicações, o único assunto, para o qual foi solicitada nossa manifestação é o que diz respeito à aplicação de multa à Administração Pública Federal por concessionária de serviço público, conforme se vê, expressamente, na EM/030/95 e no Aviso nº 2.545, já citados. Em razão disso, apenas essa matéria será objeto de exame neste estudo.

7. Encontrava-se o expediente aguardando oportunidade para exame — dada a prioridade necessariamente concedida aos processos de origem judicial, em razão da peremptoriedade de seus prazos — quando me chegou às mãos o Processo nº 0045.000737/95-12, encaminhado pela Procuradoria da União em Santa Catarina, e versando sobre “cobrança de multa, por concessionária de energia elétrica, à

União, pelo atraso no pagamento de fatura”, de interesse do Ministério do Exército. Posteriormente, foram encaminhados a mim os seguintes expedientes, versando igualmente sobre cobrança de multa, por concessionários de serviços públicos: Processo nº 00001.002340/97-71, em 26/3/97, de interesse do Ministério da Aeronáutica; Processo nº 11080.005258/97-45, em 5/8/97, de interesse do Ministério da Fazenda; e Processo nº 00001.007486/97-01, em 8/8/97, de interesse do Ministério do Exército.

8. Tratando-se de matéria semelhantes à constante do processo sob exame, julguei conveniente sua apensação, uma vez que, como se verá, deverão elas merecer a mesma solução.

## II — CONSIDERAÇÕES INICIAIS

9. A matéria relativa ao cabimento ou não de aplicação de multa, pelas concessionárias de serviços públicos, relativamente ao pagamento, com atraso, de contas dos referidos serviços por parte dos órgãos públicos, merece, realmente, o exame do órgão de cúpula da Advocacia-Geral da União, tendo em vista a posição firmada, desde há muito, pelo Tribunal de Contas da União, com fundamento, como se verá, em pronunciamentos da extinta Consultoria-Geral da República e do Tribunal Federal de Recursos.

10. Por essa razão, examinei outras decisões do TCU sobre a matéria, além da acostada ao processo (Decisão nº 442/93), bem como o Parecer PGFN/Nº 024/91, que trata da mesma matéria.

11. Do exame de toda essa documentação, e de outros documentos nela referidos, restou-me a convicção de que a matéria não tem merecido tratamento adequado, impondo-se que se faça uma análise mais aprofundada da questão, para que se ponha fim a essa controvérsia que já vem de longa data. É o que procurarei fazer.

## III — O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

12. Conforme já informei (item 9 deste), o Tribunal de Contas da União, de longa data, firmou o entendimento de que é indevida a

cobrança de multa moratória, por parte de concessionárias de serviços públicos, relativamente a pagamento de contas desses serviços, com atraso, quando o usuário seja órgão da Administração federal, incluindo as entidades da Administração Indireta.

13. Nesse sentido, encontra-se anexada ao processo a Decisão nº 442/93 — TCU, publicada no Diário Oficial da União, de 26 de outubro de 1993, Seção I, p. 16.037/16.040. A matéria aí versada diz respeito a multa aplicada por concessionária de serviços de telecomunicações.

14. Examinei, também, a Decisão nº 398/95 — TCU, publicada no Diário Oficial da União, de 4 de setembro de 1995, Seção I, p. 13.632/13.634, que conclui na mesma linha, referindo-se, aqui a concessionária de serviços de energia elétrica. Neste caso, informa-se, inclusive, que a matéria está sumulada no TCU — Súmula 226 (vide alínea *f* do item 17 do voto do ilustre Relator).

15. Em ambas as decisões antes mencionadas, invoca-se a decisão proferida no Processo TC Nº 15.969/84-3, de que foi Relator o eminente Ministro Ivan Luz, e que constitui o Anexo III da Ata nº 86/85, publicada no Diário Oficial da União, de 13 de dezembro de 1985, Seção I, p. 18.343/18.347.

16. Esta última decisão citada parece, realmente, constituir o “*leading case*” sobre a matéria, pois nela se faz a mais ampla análise da questão. Por essa razão, é com base nela que se pode verificar, com exatidão, o entendimento do TCU sobre a matéria.

17. O eminente Relator, no relatório, reporta-se ao pronunciamento do Ministério Público junto ao tribunal, exarado em Parecer de seu ilustre Procurador-Geral. Após isso, passa ao voto, consubstanciado nos itens 10 a 50. A fim de que se conheça, em sua totalidade, a posição do Relator, transcrevo-a integralmente:

“10. O Parecer nº 313-H, de março de 1966, da lavra do eminente então titular da CGR, ADROALDO MESQUITA DA COSTA, conclui por afirmar “*não ser cabível a cobrança de multas e juros de mora entre pessoas de direito público*”, tal como reza a respectiva ementa (D.O. de 15.03.1966 — pág.

2.771 — Seção I — Parte I). O fundamento em que apóia esta conclusão é o da “*inexistência do poder de polícia em tais casos.*”

11. Trata-se de contribuição previdenciária, pretendida pelo então IAPETC, autarquia, da Companhia Nacional de Navegação Costeira. A Empresa entendia estar isenta da obrigação de recolhê-la; o parecer reconheceu legítima a pretensão da autarquia quanto a este ponto, mas não lhe reconheceu direito à imposição de multa e juros de mora sobre as contribuições em atraso.

12. A ilustrada Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho, entretanto, solicitou a reapreciação da matéria, uma vez que, anteriormente, já se manifestara no sentido da legitimidade da cobrança dos juros moratórios de dívida de entidades de direito público à Previdência Social em decorrência do disposto na Lei nº 2.250 de 30.06.1954.

13. Também a Assessoria Jurídica do DNPS, invocando o art. 3º do Decreto nº 52.455, de 1963, e os arts. 1º e 2º da Lei nº 4.414 de 1964, manifestara inconformismo com as conclusões do referido Parecer nº 313-H da douta CGR.

14. Submetido a esta o reexame do assunto, veio a reafirmar, através do Parecer nº 717-H de 12.07.68, (D.O. de 30.07.68, pág. 6.519) o entendimento adotado no primeiro.

15. Acostou-se, para isso, ao v. Acórdão da Egrégia Segunda Turma do Tribunal Federal de Recursos, prolatado no julgamento da Apelação Cível nº 14.168, de São Paulo, que, à unanimidade, decidiu:

“*Às autarquias, órgãos delegados da União, falece autoridade para exercer o poder de polícia administrativa, impondo multas a outras entidades de direitos público*” (grifo nosso).

Destacou, a propósito, o voto do Ministro OSCAR SARAIVA, em que o saudoso jurista professa:

“... na hierarquia dos privilégios o da União prefere aos de suas autarquias e seria inteiramente descabido que uma autarquia, órgão delegado da União, tivesse poderes disciplinares para impor multa a outras pessoas de direito público, o que é manifestação de poder de polícia administrativa” (grifo nosso).

16. Entende, finalmente, que a legislação

citada como sendo a base legal do pedido revisionista — a Lei nº 2.250 de 30.06.54 e o Decreto nº 52.455 de 10.09.63 — não autorizam a imposição de multa ou mora entre pessoas de direito público, posto que, apenas, fixam a taxa de juros a serem contados a partir do fim do mês em que se constituíram os débitos para com a Previdência Social. Os diplomas legais citados regulam o pagamento das dívidas das autarquias e órgãos governamentais para com a Previdência.

17. Com o Parecer nº I-266, de 30.01.1974, a douta CGR, sendo titular o ilustre Dr. Romeu de Almeida Ramos, reiterou o ponto de vista do órgão em torno da matéria (D.O. de 28.02.1974 pág. 2.216).

18. Em data de 18 de novembro de 1974, novo pronunciamento da Consultoria Geral da República (D.O. de 06.12.74, pág. 13.878-79), titular, então, o hoje eminente Ministro LUIZ RAFAEL MAYER que ilustra, com seu alto saber, o Supremo Tribunal Federal, confirmava o entendimento do órgão com o Parecer nº L-038.

19. A ementa do referido Parecer reza assim:

“Inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Confirmação do entendimento”.

20. No texto por essa forma resumido, o emérito jurista que o assina acentua que:

— restou devidamente claro que o entendimento do órgão, exarado nos pareceres anteriores, é o de “não caber imposição de multa entre pessoas de direito público, por inexistência do poder de polícia, em tais casos”;

— em apoio dessa tese fora invocado o voto proferido pelo saudoso Ministro OSCAR SA-RAIVA (acima transcrito);

— como princípio geral a proposição é de inteira validade para o campo de atuação da Administração Pública que, concretizada, em sua forma organizacional, pela unidade; pelo princípio da hierarquia, pelas pautas de coordenação e supervisão ministerial, parece refratária à introdução do “poder de aplicação de multas, quer dizer, de penalidades de uma a outra entidade, quando esse poder advém, normalmente, de uma relação de supremacia administrativa;

— que, todavia, colocado em termos de princípio, o entendimento há de ceder em face de norma expressa em contrário pois que o legislador não está inibido pela Constituição que não configura esse tipo de imunidade;

— Os Pareceres de órgão, se refutam a imposição de multa entre Pessoas jurídicas de direito público, não repelem a possibilidade jurídica da cobrança de juros moratórios, antes a afirmam. Juros são frutos civis acessórios do capital, têm o caráter de reparação dos prejuízos presumidos ocorrentes com a mora, diferentemente da multa que tem um sentido de punição administrativa;

— consiste pacífico entendimento do órgão, também, que a correção monetária dos débitos em retardo por entidade pública, quando previsto em lei, não tem caráter punitivo;

— reconhecer procedente a invocação, para sustentar o pedido de revisão do entendimento do órgão, no que toca à imposição de multa entre pessoas jurídicas de direito público, da jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Federal de Recursos, em contrário àquela opinião. Entretanto, ressalta a anterioridade das decisões da mais Alta Corte de Justiça em relação à edição do Decreto nº 72.771-73 que baixou o Regulamento da Previdência Social, cujo art. 295 declara, expressamente, a inaplicabilidade, a entes públicos, de multas previdenciárias por motivo de recolhimento moroso das contribuições devidas a tal título;

— não parece de adotar-se, generalizadamente, na Administração, a prática de ofício, nas relações entre entidades públicas, de sanções típicas, como a multa, com ampla margem de discricionariedade, na sua fixação e no exercício de um poder de império que supõe a desigualdade dos sujeitos da relação jurídica a que se reporta a penalidade.

— confrontando o artigo citado com o art. 82 da Lei nº 3.807, de 1960, redação modificada pelo art. 1º da Lei nº 5.890, de 1973 e, ainda, com o disposto no art. 87 da Lei Orgânica da Previdência Social, (Lei nº 3.807, de 1960), conclui que se os entes públicos estão sujeitos ao pagamento de juros e correção monetária, por efeito de mora no recolhimento de contribuições previdenciárias, não

*estão, todavia, sujeitos ao pagamento da multa prevista no citado art. 82. A multa, em tais casos, é de responsabilidade pessoal direta e exclusiva dos diretores e administradores, não da entidade. A exegese do art. 87 da Lei Orgânica da Previdência Social põe em evidência seu caráter excepcional em relação à norma genérica do art. 82 do mesmo diploma legal;*

— a partir da leitura do art. 295 do Regulamento baixado pelo Decreto nº 72.771-73, cuja validade não enxerga afetada por vício qualquer, “é de confirmar-se o entendimento de que não se aplicam às pessoas de direito público, por motivo de recolhimento fora do prazo de contribuições ou outras quantias devidas ao INPS, as multas previstas no art. 87 da Lei nº 3.807 de 1960 e, respectivamente, no art. 239 do Regulamento.”

21. Como se observa, a matéria, objeto dos sucessivos pareceres suso comentados e parcialmente transcritos é relativa a aplicabilidade de multa prevista no regime jurídico da Previdência Social.

22. Igualmente, todas as respeitáveis decisões judiciais, a propósito, indicadas no item III do último parecer, tratam da penalidade no âmbito da Previdência Social.

23. Na verdade, o derradeiro pronunciamento da Procuradoria Geral da República, como se depreende de seu fecho conclusivo, delimita, com objetividade a resposta que dá à consulta formulada pelo Exmo. Sr. Ministro da Previdência e Assistência Social; cuida-se das multas — e só — previstas em normas positivas, o art. 87 da Lei nº 3.807/60 e no art. 239 do respectivo Regulamento.

24. Quanto à tese de que não cabe imposição de multas e, conseqüentemente, mora entre pessoas de direito público por inexistência de poder de polícia em tais casos, defendida no Parecer nº 313-H; no parecer 717-H e no Parecer 1-266, distingue: a multa previdenciária não é devida pelas entidades em mora no recolhimento, mas pelos responsáveis (diretores, administradores...); os juros e a correção monetária, entretanto, são devidos. A distinção decorre de exegese das normas jurídicas citadas, disciplinadoras de relações de direito específicas.

25. No que toca à aplicabilidade de multa de outra natureza que não a providenciária, apesar de não ser questão necessária ao deslinde da consulta, está, lucidamente, destacando pelo emérito jurista, para ser posta naqueles territórios específicos, mereceu apreciação uma vez que o consulente a arguiu, para solicitar a revisão do entendimento sobre ela exposta pelo órgão. O parecer sob comentário, aceita aquele entendimento, como princípio geral: não cabe imposição de multa entre pessoas de direito público pois que, em tais casos, não se reconhece existir poder de polícia administrativa a sustentá-la.

26. A tese, assim reafirmada, reconhece, como visto, o duto pronunciamento, não é acolhida pela jurisprudência das Altas Cortes de Justiça do país, aspecto desinfluyente para a solução da consulta porque formada anteriormente à edição das normas jurídicas de cuja exegese extrai seu eminente autor a conclusão de que às pessoas de direito público em débito com a Previdência não se aplicam as multas previstas para a hipótese de mora, responsáveis os diretores ou administradores, pessoalmente.

27. Realmente, as respeitáveis decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos perfilham tese antípoda àquela que foi afirmada no Parecer nº 313-H e repetida, com invocação de um único Acórdão, no de nº 717-H, como a seguir:

“Imunidade das pessoas de direito público. Contribuição devida à Previdência Social — juros e multas. Não existe imunidade das pessoas jurídicas de direito público, morosas no pagamento de seus débitos, em relação aos juros e multas em que incorrem e são condenadas. (STF — Acórdão — Segunda Turma in RE nº 65.806/RJ);

“Contribuição devida à Previdência Social. Multa moratória. Dela não se acham imunes as pessoas jurídicas de direito público”. (STF — Acórdão — Segunda Turma — in RE nº 65.806/RJ);

“Previdência Social: contribuições devidas pelo Município. Multa. Juros. II — Segundo Jurisprudência assente no STF, estão eles sujeitos ao pagamento da multa e juros (STF — Acórdão in RE nº 75.224/MG)”.

28. Em resumo, até aqui estão expostos os pontos de vista sustentados pela ilustrada Procuradoria-Geral da República, e pela Jurisprudência, no que diz, particularmente, com aplicabilidade de multa prevista no regime jurídico da Previdência Social.

29. Afirmação genérica, como tese, de que “não cabe imposição de multa e juros de mora entre pessoas de direitos público” é feita, entretanto, no Parecer 313-H, de 15.03.66 da douta Consultoria-Geral da República e reafirmada no Parecer nº 717-H, de 12.07.1968.

30. A mesma tese é sustentada no Parecer nº I-266, de 30.01.1974, e reiterada no Parecer nº L-038, de 18.11.1974, como princípio válido que, todavia, cede, em face de norma expressa em contrário posto que ao legislador não está vedado fazê-la, uma vez que a Constituição não configura esse tipo de imunidade.

31. A jurisprudência dominante, contudo, manifestou clara tendência em contrário ao entendimento esposado pela douta Consultoria-Geral da República. Embora as decisões transcritas tenham sido tomadas em hipóteses, também, relativas à Previdência Social, nelas se afirmam a não imunidade das pessoas jurídicas de direito público, morosas, ao pagamento de multa e juros.

32. A consulta de que ora cuidamos tem por objetivo específico a cobrança de multa moratória imposta por empresas prestadoras de serviços públicos, notadamente, de telefonia e de energia elétrica.

33. Em alguns casos Inspetorias Regionais se têm preocupado com o assunto e solicitado pronunciamento do Plenário o fim de se habilitarem e bem instruir os processos de tomada e prestação de contas.

34. Como se observa, há que distinguir.

35. Quanto a juros, correção monetária previdenciária.

36. Acosto-me à interpretação do Parecer L-038 de 1974 do douto Consultor-Geral da República, então, que o emitiu.

37. Entende o emérito jurista que

“a norma geral que informa a Lei Orgânica da Previdência Social é a da equiparação dos entes públicos às empresas privadas. ....

Sem dúvida, em virtude disso, as pessoas jurídicas de direito público, retardatárias no cumprimento de suas obrigações para com o INPS, estão de certo sujeitas aos juros de mora e à correção monetária, previstos no art. 82.”

Quanto às multas, respondem por essas, nos termos do art. 87 da Lei Orgânica citada (3.807/60), pessoalmente,

“os diretores ou administradores das empresas incluídas no seu regime quando remunerados pelos cofres públicos federais, estaduais, territoriais e municipais ou de autarquias fazendo-se obrigatoriamente, em folha de pagamento, o desconto dessas multas, mediante requisição da instituição de previdência...”

A responsabilidade, aí, é pessoal, não da entidade pública que se transferisse aos diretores ou administradores, por direito regressivo, inexistindo, também, qualquer aspecto de subsidiariedade ou solidariedade.....

A inspiração do legislador no caso parece óbvia. A penalidade da multa quer colher os verdadeiros responsáveis pela omissão... sem permitir que as faltas do administrador público negligente resultem em maior gravame ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público.”

38. Em consequência estou em que as despesas derivadas de juros moratórios e correção monetária decorrentes de mora no recolhimento das contribuições previdenciárias, são legalmente exigíveis, posto que existe norma que autoriza sua imposição (art. 82 da LOPS, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 5.890/73; art. 79, I — III).

39. Deve-as a entidade — pessoa jurídica de direito público ou pública de direito privado.

40. Se decorrem de omissão injustificada do administrador, a este serão imputadas como débito.

41. As multas previdenciárias não devem ser pagas pelas entidades de direito público ou públicas de direito privado, por isso que, não há norma autorizativa de sua imposição a tais entidades. Deve-as pessoalmente, o di-

retor ou administrador, destinatário da penalidade.

42. Quanto à mora no pagamento das tarifas de serviços públicos de telefonia e energia.

43. *Também aqui é necessário distinguir “juros moratórios” de “multa moratória.”*

44. Neste propósito parece-me que o último Parecer da Consultoria-Geral da República traduz, com acerto, o que fixou a tradição jurídica: os juros de mora não têm caráter punitivo, *não instituem apenação, ao reverso da multa que guarda esse caráter.*

“Caracterizados como frutos civis, acessórios do capital, os juros moratórios guardam na tradição jurídica, o sentido de reparação de prejuízos que a lei presume ocorridos pela mora no pagamento de quantia em dinheiro sendo inquestionável que a legislação a eles submete a Fazenda Pública, em hipótese diversas. Por essas conotações fácil é deduzir não assumirem o caráter de punição administrativa que, no entanto, a multa reveste, abstração feita do cunho legal que, como visto, os consagra e válida”.

45. No caso de mora no cumprir pagamento em dinheiro decorrente de consumo de energia e utilização de serviços de telefonia, morosa a União, ou suas autarquias ou entidades outras da Administração Indireta, os “juros de mora” são exigíveis pela prestadora do serviço e as despesas correspondentes, por isso, são legítimas. Se decorrem de omissão injustificada do administrador a este serão imputadas como débito.

46. É bem de se ver que, nesta hipótese, não há que se falar em inexistência de “poder de polícia” numa relação entre pessoas de direito público. *Os juros são frutos civis que resguardam o capital de empresas públicas, sim, mas pessoas jurídicas de direito privado.*

47. A correção monetária, sobre os débitos em questão, também não tem caráter punitivo. *Prevista em lei é devida nas mesmas condições, pelos supra indicados consumidores de energia ou usuários do serviço de telefonia.*

48. Quando prevista em lei é exigível incidindo sobre o débito.

49. Deve-as pagar a entidade, consumidora e usuária, em mora. Se decorrem de omissão

injustificada do administrador, a este serão imputados como débito.

50. No que toca à multa, justo porque guarda a natureza de apenação, *as despesas que dela resultem só se legitimam se norma legal eficaz a prevê. Não prevista, nestas condições, vedado fica a despesa. A Portaria nº 663 de 18.07.1979, do Ministério das Comunicações não tem, por sua hierarquia, eficácia para legitimar a despesa que resultaria de sua aplicação a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou a entidades de sua Administração Indireta.*

Pelo exposto, voto, conchecendo da consulta, por que seja respondida nos termos neste propostos.”

18. Ainda no que tange à posição do TCU, e tendo em vista a referência feita no Relatório do eminente Relator (itens 7 e 8) ao pronunciamento do ilustre Procurador-Geral, impende fazer, sobre o referido pronunciamento, algumas considerações.

19. No citado Parecer, publicado logo em seguida ao voto do Relator, após referência às manifestações da Consultoria-Geral da República, destacadas pelo Relator, o ilustre Procurador-Geral assevera:

“10. *Se o raciocínio que embasa a orientação doutrinária e jurisprudencial é válida para a restrição respeitante às pessoas de Direito Público, com mais razão, ainda, pensamos, merece prosperar em se tratando, como no caso concreto, de empresas concessionárias de serviços públicos”.* (Grifei)

E prossegue:

“11. *Nem seria de prevalecer, aqui, o argumento de que a referida apenação, a que afinal se reduz, no caso, a chamada multa moratória, encontraria justificação nas cláusulas contratuais a que se submete toda concessão dessa natureza. Socorrendo-nos do ensinamento imprescindível de HELY LOPES MEIRELLES, força é convir que:*

“Pela concessão, o poder Concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. Delega, apenas, a execução do serviço, nos limites e condições legais e contratuais, sempre sujeita à regula-

mentação e fiscalização do concedente”. (Apud. “Direito Administrativo Brasileiro”, Editora R.T., 4ª edição, pág. 348. Grifos nossos).”

E aduz:

“12. *Daí torna-se legítima a inferência de que, ainda sob o aspecto da questão aqui ventilada, e porque “continua sendo público o poder concedente”, no caso a União, a quem não seria razoável privar-se da necessária reserva de direito, sob pena de se defrontar com autêntica inversão de poderes, impende reafirmar-se, para o justo desate da matéria objeto da presente Consulta, o princípio de que não é de se aplicar às pessoas de direito público por motivo de pagamento, fora de prazo, de contas da natureza daquelas mencionadas no expediente de fls., a sanção traduzida na incidência de multa moratória”.*

#### IV — OS FUNDAMENTOS DA POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

20. Como se pode verificar das transcrições feitas no título anterior, são os seguintes fundamentos considerados pelo Tribunal para decidir sobre a impossibilidade de aplicação, por parte das concessionárias de serviços públicos, de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público que paguem suas contas com atraso:

a) as manifestações da extinta Consultoria-Geral da República referentes a multas previstas no regime jurídico da Previdência Social (itens 10 a 31 do voto do Relator);

b) o não prevalecimento da tese de que a multa moratória se justificaria em razão das cláusulas contratuais, tendo em vista que, pela concessão, transfere-se, apenas, a execução do serviço, e não sua titularidade (itens 11 e 12 do Parecer do Procurador-Geral), o que diz respeito ao relacionamento entre o Poder e o Concessionário; e

c) a ineficácia da Portaria nº 663, de 18 de julho de 1979, do Ministério das Comunicações, para legitimar a despesa que resultaria de sua aplicação a órgão da Administração Federal, isto é, à União, ou a entidades de sua Administração Indireta (item 50 do voto do

Relator), o que, em última análise, *significaria o não atendimento ao princípio da legalidade.*

21. Impõe-se, assim, o exame de cada um desses fundamentos, para verificar-se sua adequação ao entendimento firmado pelo Tribunal, que aliás, como já informado (item 14 deste Parecer), constitui matéria sumulada (Súmula nº 226, publicada no BTCU nº 23, de 21 de março de 1997 — Edição Especial, p. 112, aprovada na Sessão Administrativa de 8 de dezembro de 1994, publicado no D.O.U. de 3 de janeiro de 1995). É o que farei a seguir.

#### V — AS MANIFESTAÇÕES DA CONSULTORIA-GERAL DA REPÚBLICA E DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

22. A extinta Consultoria-Geral da República, em várias manifestações, firmou o entendimento de que “*não é cabível a cobrança de multas e juros de mora entre pessoas de direito público*” (Grifei).

23. Tal conclusão surgiu, pela primeira vez, no Parecer H-313 (Pareceres da C.G.R., jan/dez 1966, vol. 75, T. v, p. 99/101). Nesse parecer, afirma-se: “8. No tocante, entretanto, a juros de mora e multas, pretendidos pelo I.A.P.E.T.C., parece não serem devidos. A jurisprudência de nossos Tribunais é no sentido de que não cabe imposição de multa e, conseqüentemente, mora, entre pessoas de direito público, *por inexistência do poder de polícia em tais casos*” (Grifei).

24. Solicitada revisão desse entendimento, foi proferido o Parecer H-717 (Pareceres da C.G.R., jan/dez 1968, vol. 77, T. III, p. 359/362). Nesse Parecer, faz-se referência a decisão do Tribunal Federal de Recursos, segundo a qual “*As autarquias, órgãos delegados da União, falece autoridade para exercer o poder de polícia administrativa, impondo multas a outras entidades de direito público*”. (Grifei). Cita-se, também, trecho do voto do eminente Ministro Oscar Saraiva, no mencionado julgamento, do seguinte teor: “Na hierarquia dos privilégios, o da União prefere ao de suas autarquias, e seria inteiramente descabido que uma autarquia, órgão delegado da

União, tivesse *poderes disciplinares* para impor multas a outras *pessoas de Direito Público, o que é manifestação do poder de polícia administrativa*". (Grifei). E conclui, mantendo o Parecer H-313.

25. Novamente se solicitou fosse revista a posição da Consultoria-Geral da República, tendo sido, então, exarado o Parecer I-266 (Pareceres da C.G.R., jan/73-mar/74, vol. 83, p. 195/198). Nele, no item 5, faz-se novamente referência ao trecho transcrito do voto do Ministro Oscar Saraiva, mantendo-se os pareceres anteriores.

26. Mais uma vez, foi solicitado o reexame da matéria, agora tendo em vista "*a clara tendência jurisprudencial em contrário a esse entendimento*." Foi, então, proferido o Parecer L-038, da lavra do então Consultor-Geral da República, Dr. Luiz Rafael Mayer, depois Ministro do Supremo Tribunal Federal (Pareceres da C.G.R., maio/74-março/75, vol. 85, p. 210/217).

27. Ressalte-se que todos os pronunciamentos da Consultoria-Geral da República diziam respeito à aplicação de multas moratórias por parte de *autarquias previdenciárias*. O Parecer L-038, embora tenha confirmado a tese da *inaplicabilidade de multas entre pessoas jurídicas de direito público*, deu à questão, como se verá, fundamento totalmente diverso daquele dado pelos pareceres anteriores.

28. De fato, embora referindo-se aos precedentes, e pondo-se de acordo com a tese neles contida, de inexistência de poder de polícia, no caso, e referindo-se, ainda, ao *princípio da hierarquia* (item II), o eminente Consultor-Geral da República encontrou-se diante de inúmeras decisões em que o Supremo Tribunal Federal, exatamente no que se referia a multas aplicadas a pessoas jurídicas de direito público por autarquia previdenciária, firmara o entendimento de que *as pessoas jurídicas de direito público não se acham imunes à imposição de multas, além de juros e outras cominações legais, por motivos de retardação no recolhimento das contribuições previdenciárias* (loc. cit., p. 213).

29. Informa, em seguida, que era praxe da Consultoria-Geral da República ajustar sua doutrina à jurisprudência dos tribunais supe-

riores, mas que não seria de adotar-se, como prática administrativa geral, a aplicação, de ofício, nas relações entre entidades públicas, de sanções típicas, como a multa referindo-se, novamente, a poder de império.

30. A partir daí dá-se a alteração de fundamento em relação aos precedentes da Consultoria. Vê-se, no Parecer: "*Além disso, e razão principal, os julgados da mais alta Corte, trazidos à colação, foram proferidos anteriormente à edição do vigente Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 72.771, de 1973), onde se declara, expressamente, a inaplicabilidade, a entes públicos, de multas previdenciárias (art. 295), impondo-se, de conseqüente, à Administração Pública a estrita observância do preceito, enquanto em vigor, e se não convencida de sua ilegalidade por afronta aos ditames da lei regulamentada, caso em que colheria, de logo, revogá-lo por não caber, antes disso, descumpri-lo*". (Grifei).

31. No tópico seguinte (item IV), após transcrever o art. 295 do Regulamento, que, repita-se, determinava a não aplicação da multa moratória às pessoas jurídicas de direito público, por motivo de recolhimento fora do prazo das contribuições devidas ao INPS, o eminente Consultor-Geral indaga se o dispositivo regulamentar não teria extrapolado dos limites da lei regulamentada. Faz, então um cotejo entre os arts. 82 e 87 dessa lei (Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960). O primeiro, responsabilizando, genericamente, os responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias pelo pagamento da multa, incluindo, entre os responsáveis, as repartições públicas, autarquias e quaisquer outras entidades públicas. O segundo, *responsabilizando pessoalmente* pelas multas impostas por infração dos dispositivos da lei *os diretores ou administradores* das empresas incluídas no seu regime, quando remunerados pelos cofres públicos, fazendo-se, no caso, o desconto das multas em folha de pagamento, mediante requisição da instituição de previdência interessada.

32. Entendeu o eminente Consultor-Geral que o art. 87 era *norma excepcional*, dispondo em contrário ao preceito genérico constante

do art. 82. Em razão disso, concluiu que o dispositivo do Regulamento, consubstanciado no art. 295, não extravasara do quadro legal a que se reportava, dando pela validade e eficácia do referido art. 295, mantendo o entendimento de que não se aplicavam às pessoas jurídicas de direito público as multas moratórias.

33. Vê-se, portanto, que, diante das decisões do Supremo Tribunal Federal, o Parecer L-038, para manter a posição anterior sobre inaplicabilidade de multas moratórias entre pessoas de direito público, arrimou-se, exclusivamente, no art. 295 do Regulamento da Previdência Social, posterior às decisões da Suprema Corte.

34. Ressalte-se que foi no mesmo sentido que se cristalizou a jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, vindo a constituir a Súmula nº 93, dessa Corte, do seguinte teor:

“A multa decorrente do atraso no pagamento das contribuições previdenciárias não é aplicável às pessoas de direito público.” (Revista do Tribunal Federal de Recursos, nº 87 (julho de 1987), p. 64 a 77).

35. Constam, como referência dessa Súmula, a Lei nº 3.807, de 26/8/60, arts. 70, 82 e 87, e o Decreto nº 72.771, de 6/9/73, arts. 239 e 295. Basta uma simples leitura dos julgados que fundamentaram a Súmula para que se verifique que *todos eles adotaram*, como razão de decidir, o art. 295 do Regulamento da Previdência Social, na mesma linha do Parecer L-038.

36. Há mais de uma razão para que esses precedentes, quer da extinta Consultoria-Geral da República, quer do extinto Tribunal Federal de Recursos, não possam ser aplicados aos casos de que trata este Parecer, ou seja, aplicação de multa moratória a pessoa jurídicas de direito público por parte de concessão de serviços públicos de telefonia, de energia elétrica e postais.

37. A primeira delas é que todos os precedentes já referidos diziam respeito à inaplicabilidade de multa moratória *entre pessoas jurídicas de direito público*, ou seja, entre autarquias e outras pessoas de direito público. Ora, nos casos aqui examinados, e objeto dos

pronunciamentos do Tribunal de Contas da União, trata-se de *concessionárias* ou *delegatárias* de serviços públicos de telefonia, de energia elétrica e serviços postais. Essas entidades ou são concessionárias emitentemente privadas (controladas por particulares), ou empresas públicas ou sociedades de economia mista (delegatárias, como querem alguns, ou concessionárias legais, como querem outros). Mas todas elas são pessoas jurídicas de direito privado (vide Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969: art. 5º, II e III).

38. Sendo assim, a não ser mediante violência interpretativa, não caberia falar, no caso, em aplicação de multas entre pessoas jurídicas de direito público. Talvez tenha sido essa a razão que levou o ilustre Procurador-Geral do TCU a, após arrolar aqueles precedentes, lançar a tese da inexistência de transferência da titularidade do serviço público, quando quis entender os precedentes aos serviços então sob exame (vide item 19 deste Parecer). Voltarei a este assunto mais adiante.

39. A segunda razão pela qual os precedentes invocados não poderiam fundamentar a negativa de aplicação de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, por parte de concessionárias de serviços públicos (postais, de telefonia e de energia elétrica), decorre do exame que se fez do Parecer L-038 e da Súmula nº 93 do TFR. Como se viu, a manutenção do entendimento no sentido da inaplicabilidade da multa moratória fundou-se, *exclusivamente*, na existência de norma que expressamente excluía a aplicação de multas a pessoas jurídicas de direito público, no referente à regulamentação previdenciária (art. 295 do Regulamento da Previdência Social). Se o entendimento de que tal norma era válida e eficaz foi correto, tratarei mais à frente. Aqui cabe, apenas, afirmar que essa foi a razão de ser da conclusão.

40. Ora, nos casos de serviços postais, de telefonia e de energia elétrica não existe qualquer norma que preveja essa conclusão. Assim sendo, a primeira conclusão a ser feita é que os precedentes invocados pelo Tribunal de Contas da União são totalmente imprestá-

veis para legitimar a decisão no sentido de ser impossível multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, por parte de concessionárias de serviços de que aqui se cuida. Descabido, à toda evidência, voltar-se, como fez o TCU, a referência a poder hierárquico e poder de polícia, matéria totalmente superada pelas decisões da Suprema Corte, *que se fundaram*, exclusivamente, *na inexistência de imunidade*.

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

41. O segundo fundamento da decisão do TCU, embora não constante do voto do eminente RELATOR, mas por este referido no Relatório, diz respeito ao não prevalecimento da tese de que a multa moratória se justificaria em razão das cláusulas contratuais, tendo em vista que, pela concessão, transfere-se, apenas, a execução do serviço, e não sua titularidade, invocando-se lição de Hely Lopes Meirelles (vide itens 19 e 20, *b* deste Parecer).

42. Esse argumento foi lançado no intuito de aplicar, às concessionárias de serviços públicos de que então se cuidava, os precedentes da Consultoria-Geral da República. No entanto, esse argumento prova demais, ou, melhor dizendo, não prova coisa alguma, uma vez que, como se verá, não tem qualquer relação como o fim a que se destinou.

43. De fato, a afirmação de Hely Lopes Meirelles é absolutamente correta e constitui uma unanimidade na doutrina, sendo despiçando fazer referência a outros autores. No entanto, 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 órgão público, 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 Mei-

relles. Direito Administrativo Brasileiro — 14ª 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, 1989, 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 de ciência jurídico, 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 usuá-

rios 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 nº 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 legitimem se norma eficaz prevê*”. (Idem).

52. Verifica-se, sem grandes esforço, que o eminente Relator considerou *inexistir* norma eficaz prevendo a aplicação da referida multa, entendendo, em consequência, que a Portaria nº 663 inovara o mundo jurídico, criando a referida penalidade.

53. O problema tem, então, relação direta

com o princípio da legalidade, que terá de ser examinado, pelo menos, de maneira suficiente para que, desse exame, seja possível extrair conclusões válidas. É o que se fará a seguir.

54. É da tradição do constitucionalismo brasileiro a inserção, nos textos constitucionais, de regra expressa sobre esse princípio. De fato, à exceção da Constituição de 1937, todas as nossas Constituições, desde a Constituição do Império, 1824, consignaram o princípio da legalidade (Const. 1824; art. 179, 1º; Const. 1891; art. 72, § 1º; Const. 1934; art. 113, 2; Const. 1946; art. 141, § 2º; Const. 1967; art. 150, § 2º; Emenda Const. nº 1/69; art. 153, § 2º; Const. 1988: art. 5º, II).

55. Os referidos textos constitucionais variaram, ligeiramente, mas sempre com a mesma essência. O texto vigente, reza:

*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”*

56. Os administrativistas, no entanto, procuraram sempre distinguir, no que tange ao princípio da legalidade, a posição dos particulares e a do administrador público. Seria fastidioso citar doutrinadores sobre esse assunto. Basta consignar que se tornou clássica a síntese feita por HELY LOPES MEIRELLES, enunciada nos seguintes termos: “*Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*” (Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 78; grifei).

57. Essa síntese, repetida por quase todos os administrativistas pátrios, é, aparentemente, clara, insuscetível de produzir dúvidas. Assim, porém, não é, especialmente quanto ao entendimento que se dava dar à expressão *só é permitido fazer o que a lei autoriza*.

58. De início, deve-se afastar a interpretação segundo a qual essa afirmação signifique a necessidade de lei estabelecendo que tal ou qual ato possa ser praticado pela Administração Pública. Tal entendimento, parece-me, é duplamente inconcebível. Primeiro, porque o legislador, ao regular determinada situação, deveria prever, expressamente, todos os possíveis atos cuja prática seria permitida à Ad-

ministração. E isso é impraticável. Em segundo lugar, porque essa interpretação entra em choque com a característica de generalidade da lei, pela qual, em princípio, a lei se aplica a todos quantos se encontrem nas situações nela descritas.

59. O que se deve entender, então, por *autorização* em lei? Dos nossos constitucionalistas modernos, CELSO RIBEIRO BASTOS parece ter sido quem mais detidamente examinou o princípio da legalidade (Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/ Celso Ribeiro Bastos, Ives Granda Martins — São Paulo: Saraiva, 1989 — 2ª volume, p. 22/34; Idem, 1992 — 3º volume, tomo III, p. 23/33).

60. É justamente na segunda parte da citada obra (3ª volume, tomo III) que se encontram as observações que considero mais relevantes para o entendimento da questão. Há, nesse sentido, um trecho que merece ser transcrito, por envolver, ao que me parece, o ponto nodal do princípio da legalidade.

61. Afirma o citado autor:

*“Os administrativistas são acordes em reconhecer que tal princípio ganha no direito público uma significação especial. Embora o primado da lei (e nessa obviamente há de se compreender a própria Constituição) vigore tanto no que diz respeito aos comportamentos privados quanto aos das autoridades administrativas, o grau de adscrição desse atuar ao referencial da lei é muito diverso. No que diz respeito às pessoas privadas o objetivo da lei é o de prestigiar tanto quanto possível a vontade dos diversos atores da cena privatística envolvendo diretamente os interesses da pessoa humana. Admitindo-se ser a liberdade um dos valores fundamentais do Estado de Direito, segue-se, inexoravelmente, que o papel da lei há de cifrar-se à contenção dessa vontade, tão-somente nos casos em que ela possa ganhar uma feição incompatível com o interesse coletivo ou então a de limitar-se a impor aquelas obrigações positivas que se tornem também indispensáveis para o alcance dos mesmos objetivos. Mas, remanesce, sem dúvida, um campo em que a atuação individual é juridicamente irrelevante, no sentido de que é deferida a um só cidadão uma*

permissão ampla para comportar-se segundo os seus critérios. *Esta liberdade, aliás, é procurada como fonte de criatividade, de iniciativa e de impulso em todas as modalidades da vida social.*

Já quando se trata de analisar o modo de atuar das autoridades administrativas não se pode fazer aplicação do mesmo princípio segundo o qual tudo o que não for proibido lhe é permitido. *É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido.*” (Ob.cit., 3ª volume, tomo III, p. 25/26) Grifei.

62. O referido autor cita, ainda, DIOGENES GASPARI, que afirma, quanto à Administração Pública: *“Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza.* Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo situações excepcionais” (Idem, nota nº 10, p. 26/27). Grifei.

63. Finalmente, o mesmo CELSO BASTOS, após citar longamente MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, a propósito da alteração de significado da legalidade e da discricionariedade no decorrer dos tempos, assevera: *“A parêntese legalidade-discricionariedade ganha nova estrutura na concepção de Estado Social de Direito. Se no Estado de Direito o Século XVIII contentava-se com o fato de a Administração não infringir a lei, agora, no Estado Social, exige-se uma autorização implícita ou explícita da norma legal.* O que significa que à Administração só é dado fazer o que a lei permite” (Idem, p. 32). Grifei.

64. As transcrições feitas são suficientes, no meu entender, para chegar-se a uma conclusão clara a respeito da real diferença entre o particular e o administrador público, diante do princípio da legalidade. É o que procurarei fazer, a seguir.

65. É sabido que a quantidade de situações passíveis de ocorrer no mundo dos fatos é tão grande que se torna impossível, ao legislador, prevê-las, e, em consequência, regulá-las. Assim, o legislador regula apenas aquelas que reputa mais *relevantes*. Ficam, desse modo,

sem regulação, várias situações que se podem apresentar, consideradas, pelo legislador, como irrelevantes.

66. Nesse campo de irrelevância jurídica, ou seja, de situações não reguladas pela lei, os particulares, em homenagem ao princípio da liberdade, podem, segundo seus próprios critérios, estabelecer as regras que regerão essas situações. Melhor dizendo, poderão criar a lei que disciplinará ditas relações.

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 Nº 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 nº 663, de 18 de julho de 1979, que aprovou a Norma nº 5/79, relativa à *prestação do serviço telefônico público*.

70. São relevantes, para os fins do presente estudo, os seguintes pontos da citada Norma nº 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 convencionados.”* (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 contatos 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 essa 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 prestações 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 contratado para prestação de serviço público, a ser celebrado entre a Concessionária e o Usuário, é da espécie denominada *con-*

*trato 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 “*Aplicar-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:

“*Quando 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 para 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 contrato. 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 rela-

cionamento 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 aplica-

ção 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 “*penalidade 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 órgão pú-

blicos, 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 farta 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 ou Proteção 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 serviço públicos.

105. Ressalte-se, no entanto, que o representante do Poder Concedente, em razão do poder regulamentar, já enfatizado, poderá, se assim e 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.

108. O que há de peculiar nos serviços públicos de energia elétrica é que o representante do Poder Concedente era, no caso, o Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica — DNAEE, do Ministério de Minas e Energia, bem como a existência de norma legal específica prevendo a aplicação da multa em questão (Decreto-lei nº 2.432, de 17 de maio de 1988 — art. 4º). No que se refere a esses serviços, foi proferido o Parecer nº 235/96, da lavra do Consultor Jurídico do Ministério de Minas e Energia, Dr. José Calazans Júnior, aprovado pelo Titular da Pasta e pu-

blicado no Diário Oficial da União de 27 de novembro de 1996, Seção I, p. 25.009 a 25.011. Nessa manifestação, que versa, inclusive, alguns aspectos aqui abordados, são feitas considerações sobre a legislação específica do setor elétrico, restando demonstrada, de maneira cabal, a legitimidade da cobrança das multas moratórias aos órgãos públicos, no que respeita aos serviços de energia elétrica. As dúvidas que pudessem remanescer encontram-se, segundo entendo, esclarecidas no presente estudo. Pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a representação do Poder Concedente, antes atribuída ao DNAEE, foi transferida à Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL. No § 4º do art. 34 da mencionada lei, estabeleceu-se que o DNAEE ficaria extinto com a constituição da ANEEL, o que se daria com a publicação do seu Regimento Interno. Isso ocorreu com o Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997.

109. Já no que se refere aos serviços postais, a peculiaridade reside no fato de que, quanto a eles, não existe ato formal do representante do Poder Concedente, como no caso dos serviços de telefonia, já examinado (Portaria nº 663/79-MC). Já se viu, no entanto, que a competência para estabelecer os termos do contrato de adesão, que é o caso, é da concessionária, sob controle, exclusivamente, do representante do Poder Concedente (Veja-se o que se disse nos itens 82 a 93). O representante do Poder Concedente, quanto aos serviços postais, é o mesmo Ministério das Comunicações. Ora, a multa aplicada aos inadimplentes, relativamente aos serviços postais, é idêntica à prevista pela Portaria nº 663/79-MC para o caso dos serviços de telefonia. Desse modo, não haveria qualquer razão para que o referido representante do Poder Concedente discordasse da imposição da multa, o que, em verdade, jamais aconteceu. À vista disso, também quanto aos serviços postais, por tudo quanto se demonstrou ao longo deste estudo, legítima é a aplicação da multa moratória, quanto aos órgãos públicos inadimplentes.

#### X — ALGUMAS DÚVIDAS A SEREM DIRIMIDAS

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.

112. Quanto às concessionárias, o poder regulamentar, próprio do Poder Concedente, é praticamente limitado. A doutrina distingue, no contrato de concessão, as cláusulas regulamentares e as cláusulas contratuais, relativas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. No entanto, o Poder Concedente é livre para alterar todas essas cláusulas. Apenas, caso haja rompimento desse equilíbrio, em razão das alterações determinadas pelo Poder Concedente, cabe a este restabelecer o equilíbrio inicial (veja-se, a propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Ob. cit.*, p. 42 a 48). Esse é o direito fundamental da concessionária, aliado ao de não lhe ser exigido o desempenho de atividade estranha ao objeto da concessão, pois é o objeto que identificará tal ou qual concessão (*Idem*, p. 42).

113. Dito isso, ressalte-se que, no caso da multa moratória que ora se examina, nenhuma resistência caberia da parte da concessionária, quer se entendesse a nova regra como regulamentar, quer como contratual. Isso porque a nova regra, ao contrário de desequilibrar a equação econômica-financeira da concessão, seria favorável à manutenção do equilíbrio desejado.

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, previssem 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 de serviço público à mesma disciplina adotada para serviços privados, no tocante à tutela do usuário. I*” (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)

117. Ressalte-se que a nova legislação sobre concessões, editada sob o pálio do art. 175 da Constituição, confirma as considerações que vêm de ser feitas. De fato, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, afirma:

a) *Incumbir ao poder concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente sua prestação” (art. 29, I) e “cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão (art. 29, VI);*

b) *incumbir à concessionária “cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão” (art. 31, IV); e*

c) *constituir direitos e obrigações dos usuários, entre outros elencados, “obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, obser-*

vadas as normas do poder concedente” (Art. 7º, III — grifei).

118. O último dispositivo citado — inciso III do art. 7º — teve sua redação alterada pelo art. 2º da Medida Provisória nº 1.531-12, de 13 de novembro de 1997. Porém, a alteração consistiu, apenas, na inclusão, após a palavra “escolha” e antes da frase “observadas as normas do poder concedente”, da expressão *entre vários prestadores de serviços, quando for o caso*”. A referida inclusão teve por escopo somente esclarecer que a *liberdade de escolha* referia-se a prestadores de serviços, pois poderia existir mais de um. Daí, a referência a “quando for o caso”, pois poderia haver, também, apenas em prestador do serviço. No entanto, a expressão *observadas as normas do poder concedente*, que nos interessa, permanece, e nada tem a ver com a alteração havida.

119. Observa-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 à 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 no inciso II do § 3º do art. 62 da Lei nº 8.666/96 (vide itens 85 e 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 objetar 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 almejadas 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, cumpre 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, entendendo 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 sobre 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 facultada 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 ao Poder Concedente, que paguem suas contas com atraso.

130. Cabe salientar, ainda, que, como já se viu, o DNAEE foi substituído, como representante do Poder Concedente, pela ANEEL (item 108). No que se refere aos serviços de telecomunicações, exceto os de radiodifusão, o Ministério das Comunicações foi substituído pela Agência Nacional de Telecomunicações — ANATEL (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), Segundo o parágrafo único do art. 10 dessa Lei, a edição do regulamento da

mencionada Agência marcará sua instalação, investindo-a automaticamente no exercício de suas atribuições. Essas substituições, no entanto, não alteram o que aqui se disse em relação aos representantes do Poder Concedente, isto é, tudo o que se afirmou em relação aos antigos representantes é válido para os seus sucessores.

131. Além disso, ressalte-se que as futuras privatizações das empresas estatais prestadoras de serviços de energia elétrica e de telecomunicações, inclusive serviços telefônicos,

fundadas nas Emendas Constitucionais nº 6 e nº 8, ambas de 1995, e nas leis delas conseqüentes, tornam ainda mais evidente, embora claramente já o seja, a inaplicabilidade, a esses serviços dos precedentes da Consultoria Geral da República e do Tribunal Federal de Recursos examinados neste estudo.

É o meu parecer, que submeto ao elevado crivo do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União.

Brasília, 17 de novembro de 1997.

LUIZ ALBERTO DA SILVA, Consultor da União.