

(DES) NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS

SIONARA PEREIRA

Advogada na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Especialista em Direito Empresarial pela Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Especialista em Negócios Jurídicos - MBL pela Universidade Positivo.

RESUMO

De acordo com a Constituição Federal do Brasil de 1988, o serviço postal é serviço público, pois arrolado entre as competências da União no artigo 21. A participação privada no setor não muda a natureza jurídica do serviço postal e não altera o monopólio constitucional da União. O presente trabalho considera este contexto para concluir se é necessário licitação para contratar serviços postais ou se é possível competição no negócio de entrega de cartas.

PALAVRAS-CHAVES: serviço postal; monopólio postal; licitação; ECT.

ABSTRACT

According to the text of the Brazilian Federal Constitution of 1988, the postal service is a public service since listed among the powers of Federal Government in article 21. The private participation in the sector doesn't change the juridical nature of postal service and it doesn't change the constitutional monopoly of state. The present work considered this context to bring to an end if is necessary a public tender to contract the postal service or if is possible a competition in the letter delivery business.

KEYWORDS: postal service; postal monopoly; public tender; ECT.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações sobre a empresa pública e serviço público. 3. Da natureza jurídica da ECT. 4. Monopólio Postal. 5. Da necessidade ou não de licitação para contratação de serviços postais. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Desde a Constituição Federal de 1891, como nos demais textos constitucionais, resta igualmente fixado nos artigos 21, X e 22, V, da Constituição Federal de 1988 que cabe à União manter o serviço postal e sobre ele legislar.

O Serviço Postal durante todo constitucionalismo republicano brasileiro sempre foi considerado como atribuição administrativa do Estado, e exercido unicamente pela União como única provedora. A saber, por meio do Departamento de Correios e Telégrafos, que era um órgão sem personalidade, simples repartição do Ministério – naquele tempo – da Viação e Obras Públicas.

A razão de ser de todas as constituições republicanas terem colocado a cargo da União, e somente a esta, a prestação do serviço postal, decorre do forte fator de integração nacional proporcionado pela ligação entre os distantes pontos de remessa e destino para a execução do serviço. Como também, pela necessidade de preservar direitos fundamentais hoje assegurados na própria Constituição, quais sejam: (a) o direito de todos à sua utilização, de forma eficiente e satisfatória; e (b) garantia do sigilo da correspondência, vinculando-se o serviço postal à satisfação de valores intrínsecos à personalidade (art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988).

Contudo, na década de 60 do século passado toma corpo a 1ª reforma administrativa, que resulta no Decreto-Lei 200 de 25.02.67. Já aquela época identificava-se a necessidade de descentralizar para especializar importantes atribuições do Estado.

Nesta década criou-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT que é, nos moldes do art. 1º do Decreto-lei n.º 509, de 20 de março de 1969, uma empresa pública federal, ente da Administração Pública Indireta, com sede e foro na Capital da República e atuação em todo o território nacional e exterior.

Na mesma época, mas por outros motivos – imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público – também foram criadas diversas outras empresas públicas ou sociedades de economia mista para a exploração de atividade econômica. Daí o motivo da confusão que se faz em não se distinguir entidades prestadoras de serviço público daquelas

que exercem atividade econômica. Confusão facilmente desfeita quando a própria Constituição Federal já predefinia o que é de fato atribuição do Estado, como ocorre no caso do serviço postal.

Naturalmente, a criação de uma entidade a parte deveu-se não só para melhorar a prestação do serviço à população, mas também devido ao caráter de integração nacional e importância do serviço postal para o país que deveria ser potencializado. Serviço que na história brasileira, mas também em outros países, sempre exigiu a presença do Estado atuando de forma exclusiva.

Contudo, a delegação mediante outorga não desnaturou a natureza do serviço postal enquanto serviço público e a relevância deste para a integração nacional, e preservação de direitos fundamentais como a garantia do sigilo da correspondência e acesso a comunicação.

Tanto assim, que apesar da ECT ter sido criada em 1969, o constituinte de 1988 tratou de manter no texto constitucional o serviço postal com a mesma hierarquia e feição que ocupava nas constituições anteriores. Nas Constituições passadas como na atual a competência administrativa para a prestação do serviço postal pela União sempre indicou que este serviço é serviço público. Essência que não foi alterada com a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Aliás, bem observa Ruy Cirne Lima:

A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, *em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e*, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição¹.

Em 2009, nessa linha de entendimento, nos autos de Ação Cível Ordinária n.º 765, em voto-vista, o Ministro Eros Grau, deixou assentado que

¹ LIMA, Ruy Cirne. 1963, p.122.

embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, há casos nos quais essa identificação pode ser operada com facilidade. Faço alusão, aqui, a *hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria; temos aí os serviços públicos por definição constitucional. Isso é precisamente o que se dá em relação às atividades de correio; o artigo 21, X da Constituição Federal de 1988 define competir à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional*².

Em 1991, visando especialmente a expansão da sua rede de atendimento, sem necessidade de investimento e/ou necessidade de contratar pessoal, a ECT passou a implementar a concessão de franquias de suas unidades de atendimento³.

Desde então, considerando a existência de uma rede terceirizada, tem se discutido se haveria no mercado competição a justificar a necessidade de licitação para contratação de serviços postais. A par disto, tendo o embate se acirrado na última década, especialmente ante a alegação de que o monopólio postal afronta os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, discute-se se efetivamente a atual ordem constitucional admite a reserva de mercado à ECT, não podendo o particular atuar na exploração dos serviços de transporte e entrega de carta e cartão postal⁴.

² informativo@stf.gov.br. Data de publicação do Acórdão DJE 04/09/2009 - ATA Nº 26/2009. DJE nº 167, divulgado em 03/09/2009.

³ Em voto proferido nos autos do Tribunal de Contas da União - TC-013.889/94-0, publicado no Diário Oficial de 06 de outubro de 1994, o Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, determinou à ECT a promoção do indispensável certame licitatório para a concessão de novas franquias, posto que as concessões estavam sendo distribuídas sem obedecer critérios objetivos e técnicos, e, sobretudo, sem competente processo licitatório.

⁴ O STF, nos autos de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46, decidiu que, na definição de carta, estão incluídas as correspondências, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário (art. 47 da Lei 6.538/78).

Nesse sentido, já vinha decidindo o STJ, in verbis:

Nessa longa e problemática caminhada, os fundamentos invariavelmente obedecem a uma trilogia formada pela natureza jurídica da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o monopólio postal e, por fim, a natureza da rede terceirizada.

Sobre estes assuntos é que este estudo se debruça, para finalística conclusão se há ou não a necessidade de licitação para a contratação de serviços postais.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMPRESA PÚBLICA E SERVIÇO PÚBLICO

Atualmente, o exame de qualquer tema inserido no direito administrativo deve ter presente a publicização do direito privado e a privatização do direito público, numa tentativa de unificação de conceitos e princípios informadores dos diversos ramos do direito.

A ideia de serviço público casa-se com a de fins do Estado para realizar o bem comum, para buscar a satisfação concreta e justa das necessidades coletivas.

Para Celso Antonio Bandeira de MELLO, serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituídos pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo⁵.

Para Hely Lopes MEIRELLES, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”⁶. Para o autor, fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que

ADMINISTRATIVO. MONOPOLIO POSTAL. ECT. VIOLAÇÃO. LEI N. 6.538/78, DOCUMENTOS BANCARIOS E TITULOS DE CREDITO CONSTITUEM CARTA, CUJA DISTRIBUIÇÃO E EXPLORADA PELA UNIÃO (ECT) EM REGIME DE MONOPOLIO. (REsp. nº 65354/DF Rel. Min. Hélio Mosimann. 2ª T. DJ 07.08.95. p. 23033.

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. 1996, p 405.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. 1998, p.232.

constituem serviço público, porque variam segundo as exigências de cada povo e de cada época.

Marçal JUSTEN FILHO, adota critério que vincula o serviço público à satisfação do valor da dignidade da pessoa humana: “a configuração de atividades como serviço público faz-se a partir do critério da referibilidade direta e imediata à satisfação da dignidade da pessoa humana e aos fins políticos fundamentais”⁷.

O papel do Estado, no Brasil, não é de titular ou agente de atividades econômicas. Ao contrário, pelo sistema estabelecido pela Constituição Federal – que se assenta na livre iniciativa – o exercício dessas atividades compete aos particulares.

O Estado, à medida que ampliava sua presença na economia, sob todas as formas, recorreu a várias técnicas de descentralização, como a autarquia, a empresa pública e a sociedade de economia mista, para poder atender as finalidades almejadas, sendo que ainda hoje assistimos a outras formas, como as parcerias público-privadas⁸.

O Decreto-lei 200 de 25.02.1967, com as modificações introduzidas pelo Decreto-lei 900, de 29.09.1969, sistematizou o regime das sociedades de economia mista e das empresas públicas, que também foi disciplinado pela Constituição Federal de 1988 e Emenda Constitucional 19, de 04.06.1998.

A Emenda Constitucional 19, em 04.06.1998, alterou entre outros, o artigo 37, XIX, que determinou a instituição de empresa pública tão somente por lei específica; e o artigo 173, parágrafo 1º, da Constituição que também conferiu à lei o papel de estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, dispendo sobre sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade. De outra

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. 2003. p. 48.

⁸ “A atuação estatal na prestação de serviços públicos tem estreito vínculo com o modelo político adotado pelo Estado, o que significa dizer que a forma de atuação da Administração Pública sempre terá correspondência com a forma pela qual o poder é exercido em um determinado momento histórico. Parece inafastável, ainda, a análise da conformação do processo econômico e dos modos de produção para a adequada percepção da forma pela qual o Estado atua perante a sociedade no atendimento de suas necessidades” in José Anacleto Abduch Santos, Contratos de Concessão de Serviços Públicos: equilíbrio econômico financeiro, Curitiba: Juruá, 2002. p. 28.

parte, restou expressa a obrigatoriedade de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

Deste modo, depois do crescimento desmesurado do Estado na última metade do século passado, há um esforço para diminuir as tarefas do Estado, a fim de permitir que a Administração se concentre nos problemas macroeconômicos da sociedade. A Constituição Federal tem diretrizes claras no sentido de prestigiar a iniciativa privada, porém, a par disto, revela a Carta Magna, que o Estado está autorizado a atuar no campo econômico quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Marçal Justen Filho é enfático em defender a preservação do serviço público. O autor assinala que é fundamental distinguir o regime jurídico privado, reservado para a exploração econômica em sentido estrito, daquele aplicável às atividades afetas ao interesse coletivo. Ou seja, conservando-se as diferenciações naturais ocorrentes em cada Sistema Jurídico, sempre existirá um núcleo reconduzível ao que se denomina “serviço público”

Dentro desta perspectiva é que devemos entender o serviço postal e a criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Veja-se que para se reconhecer um serviço público, basta pesquisar o desígnio contido nas leis. Desde a Constituição de 1891 que se atribui ao Estado o poder-dever de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

De tudo resulta que a própria Constituição Federal institui o caráter público e exclusivo ao serviço postal da União. E mesmo que assim não fosse essa conclusão necessariamente seria alcançada em razão do conjunto de princípios e regras característicos dos serviços públicos que se encontra no serviço postal prestado pela União por meio da ECT, conferindo-lhe atributo de alto interesse coletivo.

3. DA NATUREZA JURÍDICA DA ECT

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, como empresa pública que é, surgiu da descentralização da Administração Pública.

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO (1969, p. 33-34), indica duas versões para a origem do vocábulo administração. Para uns, vem de *ad*

(preposição) mais *ministro, as, are* (verbo), que significa servir, executar; para outros, vem de *ad manus trahere*, que envolve ideia de direção ou gestão. Nas duas hipóteses, há o sentido de relação de subordinação, de hierarquia. O mesmo autor demonstra que a palavra *administrar* significa não só prestar serviço executá-lo, como, outrossim, dirigir, governar, exercer a vontade com o objetivo de obter um resultado útil; e que até, em sentido vulgar, administrar quer dizer traçar programa de ação e executá-lo.

Em resumo, o vocábulo tanto abrange a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar.

Ocorre que o poder central não tem como executar todas as atividades que lhe são inerentes e assim é transferida a titularidade e a execução de serviço público típico do Estado a pessoas jurídicas de direito público ou privado criadas para dita execução. À proporção que o estado foi assumindo encargos nos campos social e econômico, sentiu-se a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público e da atividade privada exercida pela administração. De um lado a ideia da especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados; de outro lado, e com o mesmo objetivo, a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado, em especial a de natureza comercial e industrial.

Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, porém com o estudo da evolução das formas de descentralização, temos que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles transferiram a titularidade e a execução de serviço público, com o mesmo processo de descentralização.

Deste modo temos como forma de descentralização as autarquias, fundações governamentais, sociedades de economia mista e empresas públicas, que exerçam serviços públicos. Todas são entes da Administração Pública Indireta e tal delimitação já se extrai do sentido subjetivo do Decreto-lei 200, ou seja, como Administração Pública Indireta temos o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio público.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi transformada em empresa pública pelo Decreto-Lei nº 509, de 20.03.69, em substituição

ao antigo DCT, Departamento de Correios e Telégrafos, com o encargo de prestar o serviço público postal, em regime de monopólio, em todo território nacional.

Pelo art. 12 do mencionado Decreto-Lei, a ECT foi dotada de personalidade jurídica de direito privado, estando subordinada ao Ministério das Comunicações.

E de outro modo não poderia ser, pois que se trata a ECT de empresa pública, criada regularmente.

O Decreto-Lei nº 509/69, atribuiu aos Correios, em seu artigo 2º, a função de exercer os serviços postais (de competência da União, artigo 21, X, da CF), noção chave, para perfeito entendimento de toda a problemática e inserção da Empresa no universo jurídico.

A norma constitucional do artigo 21, X, contém determinação à União para, mediante lei, de instituir e desempenhar tais serviços, suprimindo, desde logo, o requisito do interesse público nessa modalidade de ação estatal. Com efeito, a atribuição, em norma constitucional, do caráter público - exclusivo da União - aos serviços postais e do Correio Aéreo Nacional, revela que a própria Constituição qualificou-os como serviço público, conferindo-lhes atributo de alto interesse público, de âmbito nacional, e dotando-os de prerrogativas robustas para instrumentar sua ação.

A natureza jurídica do serviço prestado pelos Correios foi analisada no Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro Xavier de Albuquerque, em voto (prolatado na vigência da Constituição anterior) no recurso extraordinário nº 37.528. Deixou claro que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é titular de privilégios, que não repugnem à Constituição:

Finalmente, também não vejo ofensa ao art. 170, parágrafo 2º, da Constituição,... Essa norma se vincula às contidas no caput e no parágrafo 1º do mesmo art. 170.

Quer ela dizer, portanto, que a empresa pública, quando constituída como instrumento de exploração direta, pelo Estado, em concorrência com as empresas privadas, da atividade econômica, deve subordinar-se às mesmas regras de direito aplicáveis a estas últimas. Mas não exclui que determinada empresa pública, se constituída para fim

diverso da exploração suplementar, pelo Estado, de atividade econômica às empresas privadas - como é o caso da ECT, concebida para a execução do mesmo serviço público antes cometido a departamento autônomo, mas integrante da administração direta - possa fruir tratamento legal diverso, objetivamente relacionado como o próprio serviço público por ela prestado. (RTJ 88/307).

O STF reconhece aí o regime especial da ECT, substancialmente diverso do das empresas privadas. E, pela voz de um dos seus mais conspícuos Juízes, sublinha que seus privilégios justificam-se, juridicamente, para ela poder exercer atividade objetivamente relacionadas com o serviço público que presta obrigatoriamente (por força de lei).

Destarte, o legislador jamais poderia alterar a qualificação que a Constituição atribui a uma atividade. Daí que continua sendo serviço público, embora desempenhado parcialmente sob a forma e por alguns processos, meios e instrumentos de direito privado.⁹ Evidentemente, como a ECT, no desempenho dos serviços postais, não compete com os privados, não está sujeita às regras do artigo 173, da Constituição Federal. E os particulares não competem, nem podem competir com a ECT, porque essa atividade (correio) é serviço público e o direito dos particulares (art. 173) é só o de explorar atividade econômica, que é o oposto e contrário ao desempenho de serviço público.

Desta exposição, pode-se concluir que a ECT é delegada do serviço postal e correlatos, por força de lei. Os serviços que desempenha não perdem a natureza e o regime públicos. A delegação não as altera, nem modifica. Mantida a substância, mantém-se o regime que a

⁹ "... Desde que as empresas públicas são criações destinadas à execução de serviços públicos (Correios e Telégrafos - ECT, Processamento de Dados - SERPRO, ad. ex.) ou de serviços muito próximos desses, conquanto de natureza predominantemente econômica (Caixa Econômica Federal - CEF, Empresa Brasileira de Telecomunicações - EMBRATEL), necessariamente não será possível que tenham elas o mesmo tratamento jurídico das empresas verdadeiramente privadas. Assim, entre outras particularidades nas aplicações jurídicas as empresas públicas - tais como algumas empresas mistas - desfrutam de certos privilégios, como os de foro, de isenções fiscais, etc." in Cirne LIMA, RDA 122/21.

informa, já que o regime protege a função pública, no caso, traduzida em serviço público.

Mister destacar, que todas as considerações acima foram feitas no sentido de demonstrar, de modo inequívoco, que a ECT é, na realidade, um ente público do gênero empresa pública de Direito Privado.

4. DO MONOPÓLIO POSTAL

Uma vez demonstrado que o serviço postal constitui uma atividade própria do Estado por força da Constituição Federal de 88 (art. 21, X) e do regime atinente aos serviços públicos, e que a delegação – nos termos do Decreto-Lei nº 509/69 – não altera nem modifica a natureza deste, cumpre investigar, neste ponto, qual o contorno do chamado “serviço postal” no plano infraconstitucional, a fim de melhor se apreender a extensão da tarefa concedida, com exclusividade, à União.

Como já afirmado, o serviço postal tem origem constitucional, e a essência deste somente pode ser prestado pela própria União. Cabendo a lei ordinária, observando a matriz constitucional, delimitar o que deve ser prestado em regime de exclusividade posto que serviço público postal no particular. Com esse desiderato, em 1978, sobreveio a Lei 6.538, dispondo sobre os serviços postais, estabelecendo:

Art. 7º. – Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento.

Parágrafo primeiro – São objeto de correspondência:

- a) carta;
- b) cartão postal;
- c) impresso;
- d) cecograma;
- e) pequena encomenda (...)

Art. 9º. – São exploradas pela União em regime de monopólio as seguintes atividades postais:

- I – recebimento, transporte, entrega, no território nacional, e a expedição para o exterior, de carta ou cartão-postal;
- II- recebimento, transporte e entrega no território nacional e a expedição para o exterior, de correspondência agrupada;
- III- fabricação, emissão de selos e de outras formulas de franqueamento postal.

Dispõe o art. 2º, inciso I, do Decreto-lei 509/69 que a ECT compete executar e controlar, *em regime de monopólio*, os serviços postais em todo território nacional.

A Lei n.º 6.538/78, obediente aos termos do Estatuto Supremo, e de forma a não afrontar os seus princípios, quando cuida de arrolar, enumerar, listar as “atividades postais” sob regime de “monopólio”, procura acomodar o sentido do serviço postal ao padrão constitucional, restringindo-o ao recebimento, transporte e entrega de cartas (agrupada ou não), cartão-postal, telegrama, e a fabricação, a emissão de selos e outras fórmulas de franqueamento postal (arts. 9º, I a III, e art. 27). Deixando os demais para serem exercidos livremente.

O exame da Lei n.º 6.538/78 permite classificar as atividades desenvolvidas pela ECT em: (a) serviço público exclusivo (designado monopólio – art. 9º); (b) serviço público não exclusivo (art. 7º, §§ 2º e 3º); (c) atividades correlatas (art. 8º); e (d) atividades fins (art. 2º, § 1º, letra “d”).

Assim, evidencia-se que a atividade relacionada na letra (a) constitui típico serviço público federal, delegado (mediante outorga) à ECT. A atividade não exclusiva (b), quando exercida pela ECT é serviço público submetido integralmente e sem exceção ao regime jurídico próprio da espécie, e quando exercida por terceiros é atividade privada¹⁰.

A atividade descrita na Lei n.º 6.538/78, portanto, em seu artigo 9º, inciso I – recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal – é indiscutivelmente um serviço público exclusivo da União que delegou a execução do mesmo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

Convém abordar que não se sustenta o argumento de que a utilização pela Lei 6.538/78, e Decreto-lei nº 509/69, da expressão em regime de monopólio, estaria a indicar que se trata de atividade econômica e não serviço público.

Como já sustentado a definição da natureza do serviço postal tem origem constitucional, pelo que não poderia o legislador ordinário

¹⁰ “Correios e Telégrafos é um organismo que desenvolve duas classes de funções: as públicas, em regime de monopólio, e as privadas, em competição com outras empresas, sob as regras mercantis” in Francisco José Villar Rojas, Privatización de servicios públicos, Madrid, TECNOS, 1993, p.339 e segs.

alterar essa natureza. Mas, o que se observa de fato, tanto na Lei Postal como no citado Decreto-lei de criação da ECT, é a ausência de técnica legislativa de muitos atos legais daquele período.

A prova disso encontra-se claramente em outros dispositivos legais. A saber, a emissão de moeda também tem fundamento constitucional no art. 21, VII, da CF/88, e sem dúvida é atividade exclusiva da União. Mas a Lei 5.895/73, que transformou a Casa da Moeda do Brasil em empresa pública estabelece em seu art. 11 que: “no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados as suas atividades *monopolizadas* ou delas decorrentes, a Casa da Moeda do Brasil goza de isenção de tributos federais.”

Ora, se for interpretar a palavra monopólio sempre como denotadora de atividade econômica, sem averiguar a real natureza da atividade, chegar-se-ia à insólita interpretação que fazer moeda é atividade econômica. E mais, não tendo a Constituição estabelecido que essa atividade como monopólio da União no art. 177 da CF/88, chegar-se-ia ao devaneio interpretativo que qualquer um poderia fazer dinheiro.

Logo, argumentar que a ECT não mais detém monopólio do serviço postal – em face do disposto no artigo 177 da Constituição Federal de 1988 – significa desconsiderar – simplesmente – o quanto mais resta ao disposto na própria Constituição Federal (artigo 21, inciso X) como se a tarefa hermenêutica fosse puramente lógica, restrita ao plano abstrato de um único dispositivo da Constituição, ou seja, o artigo 177.

Porém, o sentido da norma dado pelo interprete tem de ser compatível com o texto interpretado e com o sistema jurídico. Ao contrário, e como bem adverte Paulo Dourado de GUSMÃO ¹¹ acaba-se por abandonar o direito constituído, para criar direito, a pretexto de interpretá-lo.

Voltando ao rumo, para delimitar o conceito de carta relativo ao serviço postal que é prestado com exclusividade, o artigo 47 da Lei n.º 6.538/78 elucida bem a questão: “CARTA – objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário”.

¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. 1994, pp. 244-245.

Sob tal prisma, merecem registro as razões expendidas pelo legislador ordinário, na exposição de motivos constantes da lei 6.538 de 1978:

Assim, é considerada carta qualquer comunicação escrita dirigida a outrem, cujo conteúdo seja de interesse específico do destinatário. Portanto, carta não é apenas a missiva de caráter social. Também as comunicações de negócios, de débito pela prestação de serviços, de vencimentos de obrigações, de posição de saldo bancário etc.; bem como as comunicações oficiais e administrativas são consideradas cartas, para efeito desta lei, e como tal, a exploração dos seus serviços de coleta, transporte e entrega constituem monopólio da União.

Como visto, o conceito de carta é o mais amplo possível, não sendo compatível com a interpretação restrita que poderia se imaginar com base em interpretações de cunho semântico.

Essa questão vem sendo tratada adequadamente por todos os tribunais, inclusive com posicionamento assente do STJ, observando-se que há duas linhas que pugnam pelo reconhecimento do monopólio postal da União, e conseqüentemente pela recepção da Lei 6.538/78.

A primeira linha de argumentação é a de que o serviço postal é serviço público por definição constitucional (art. 21, X), e que, na ausência de disposição constitucional expressa como ocorre com os art. 21, XI, XII, ao referir na concessão, autorização e permissão, o serviço postal em sua essência deverá ser prestado exclusivamente pela ECT, conforme definido na Lei Postal.

De outro lado, a outra posição que também conclui pela recepção da exclusividade do serviço postal, mas sob o aspecto da legislação infraconstitucional, a saber a Lei 6.538/78, é a de que, tendo o parágrafo único do art. 170 (CF/88), assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, mas ressalvado os casos previstos em lei, permitiu o constituinte que a lei estabelecesse determinado monopólio.

A questão já foi levada a apreciação do Supremo Tribunal Federal, através da ADPF 46, sendo arguente a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED.

Pretendia a arguente ver declarada a não recepção, pela Constituição Federal de 1988, da Lei Postal, posto que a atividade postal tem cunho econômico, sendo que só poderiam ser monopolizadas em caso de expressa previsão constitucional, a exemplo das hipóteses do artigo 177 da Constituição Federal.

O Ministro-Relator, Marco Aurelio Mendes de Farias Mello, votou, nos citados autos, pela procedência da ação, ressaltando que a reconstrução do papel do Estado brasileiro envolve a superação de falsos dilemas, como o que levava a optar necessariamente pelo maniqueísmo entre serviço público e atividade econômica, como se uma atividade não pudesse correlacionar ao mesmo tempo, os dois conceitos. Entende o Ministro que o Estado deve atuar apenas quando a iniciativa privada se mostrar falha ou insuficiente, sendo que melhor alcançará o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal possa ser prestado em regime de concorrência¹².

Não obstante o contundente voto do Relator, por seis votos a quatro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei 6.538/78, foi recepcionada e está de acordo com a Constituição Federal, tendo a ação sido julgada improcedente, pelo que se tem que a iniciativa privada está impedida de atuar com serviços postais tidos como exclusivos da ECT¹³.

5. DA NECESSIDADE OU NÃO DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS POSTAIS

Superada a questão da atuação dos particulares, sem qualquer vínculo com a ECT, resta ainda perquirir-se se a rede terceirizada, a saber, as Agências de Correios Franqueadas – ACFs¹⁴ – e mais recentemente as

¹² Entendimento em sintonia com as lições de Juan Carlos CASSAGNE, que defende que a instituição do monopólio em matéria dos chamados serviços públicos, industriais ou comerciais, contradiz abertamente o princípio da subsidiariedade, que legitima a gestão estatal e, ao mesmo tempo, desemboca em um sistema de alto custo social, já que as formas monopolísticas de prestação desses serviços públicos geram uma ineficiência natural que chega a resistir até às mudanças tecnológicas, à racionalização do serviço e à seleção de pessoal. In *La Intervencion administrativa*. 1994. p.35.

¹³ ATA Nº 19, de 05/08/2009. DJE nº 156, divulgado em 19/08/2009.

¹⁴ Em regime de extinção face os prazos estipulados na Lei nº. 11.668/2008, com as

AGFs¹⁵, oferecem concorrência à ECT, justificando neste caso a licitação para contratação de serviços postais.

Em voto proferido nos autos do Tribunal de Contas da União – TC-013.889/94-0, publicado no Diário Oficial de 06 de outubro de 1994, o Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, entendeu que “o contrato de franquia celebrado entre a ECT e terceiros representa verdadeiro ato administrativo que aquela Empresa Pública firma na condição de outorgada de serviço público. Situação esta que sob a ótica do disposto no art. 175 da Carta Magna deve efetivar-se por meio de concessão ou permissão, sempre através de licitação”.

Efetivamente a Administração pode optar por submeter-se ao direito privado quando celebra contrato que apenas indiretamente se relaciona com o interesse público ou geral, no sentido meramente de compor receita ou despesa. Como bem adverte Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, em estudo sobre a matéria, nada impede seja a franchising adotada pela Administração Pública, como mais uma nova forma de contrato administrativo: “na realidade, paralelamente, verifica-se outro movimento, consistente na adoção de técnica diversa de privatização, mediante celebração de contratos que implicam não a privatização da empresa, mas a privatização da execução de serviços públicos, pela sua transferência ao setor privado¹⁶”.

A questão encontra supedâneo ainda em legislação específica, que, com base no texto constitucional, determinou a sujeição dos serviços postais ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão (Lei 9075/95, com as alterações da Lei 9648/98 e Lei nº. 11.668/2008, com as alterações da Lei nº 12.400, de 7 de abril de 2011).

Não obstante, há que se entender, que na conceituação legal

franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração

alterações da Lei nº 12.400, de 7 de abril de 2011.

¹⁵ *Ministério das Comunicações*. PORTARIA Nº 384, DE 2 DE SETEMBRO DE 2011.

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Revista de Direito Administrativo*, n.199:59/70. p. 63.

de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício (art. 2º, da Lei nº 8.955/94).

No caso da rede terceirizada da ECT tem-se que esta não detém a integridade da atividade postal, eis que a entrega domiciliar, é realizada pelos carteiros, posto que atividade fim da empresa. Deste modo temos que a concessão foi realizada de forma relativa, transferindo-se ao setor privado apenas uma fração da complexa operação postal.

Outrossim, tem-se que o preço dos serviços postais são fixados pelo Ministério das Comunicações, sendo vedado o desconto. Assim, os serviços a serem prestados pelas ACF's e agora pelas novas Agências Franqueadas (AGFs) são rigorosamente estabelecidos, em caráter absolutamente uniforme, mediante tabelas oficiais, sob pena de graves sanções, pelo que evidenciada a inviabilidade da competição.

Evidencia-se do exposto, total inexistência de competição, mostrando-se que eventual licitação seria inclusive inócua.

Conforme defluiu da interpretação do art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, bem como do art. 2º da Lei 8.666/93, a Administração tem o dever de licitar quando pretende contratar com terceiros, somente estando isenta desse dever nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Conforme bem salienta Marçal JUSTEN FILHO, “a supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para as contratações da Administração Pública”¹⁷.

Deste modo, a contratação direta é exceção e somente ante o sacrifício do interesse público é que estaria, a princípio, autorizada.

A inexigibilidade de licitação, nos termos em que predisposta no art. 25 da Lei 8.666/93, pressupõe constatação de inviabilidade de competição.

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

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. 2004.

I – Para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

Saliente-se que a inviabilidade de competição decorre da ausência de algum(ns) dos pressupostos que autorizariam a instauração do certame, quais sejam: a pluralidade de competidores ou a impossibilidade de se estabelecer critérios objetivos de julgamento.

Ensina Eros Roberto Grau: “a verificação de determinado caso de inexigibilidade de licitação não é operada no círculo da formulação de um juízo de oportunidade, discricionário, pela Administração, mas sim mediante a formulação, por ela, de um juízo de legalidade”¹⁸.

À luz dessas considerações, como corolário de todo o exposto, conclui-se serenamente que não há pluralidade de fornecedores para a prestação de serviços postais executados em regime de exclusividade (carta e cartão postal), o que envolve a coleta, entrega e distribuição do objeto, não havendo nem mesmo possibilidade de preço diferenciado.

6. CONCLUSÃO

Das hipóteses elencadas e percorridas no presente trabalho, pode-se concluir que o serviço postal é serviço público, sendo que seu regime jurídico está disciplinado de forma a atender o interesse público, ainda que para tanto os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de concorrência tenham seu âmbito de incidência minorado.

É o serviço postal explorado por uma empresa que tem personalidade jurídica de direito privado, que, no entanto, não tem atividade lucrativa, sendo seu patrimônio todo pertencente à União Federal.

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. 1991.

O exame da Lei n.º 6.538/78 permite classificar as atividades desenvolvidas pela ECT em: (a) serviço público exclusivo (designado monopólio – art. 9º); (b) serviço público não exclusivo (art. 7º, §§ 2º e 3º); c) atividades correlatas (art. 8º); e (d) atividades fins (art. 2º, § 1º, letra “d”).

Dessa característica pública do serviço postal e pelas normas que atualmente delimitam a atuação da prestadora do serviço, conclui-se que não há que se falar em licitação para contratação de prestação de serviços postais descritos no art. 9º da Lei Postal (carta e cartão postal), não se podendo olvidar que estes vão além da simples coleta, mas englobam também o transporte e distribuição, atividade esta não realizada pela rede terceirizada da ECT, e realizada, apenas à margem da lei e do entendimento jurisprudencial, por outras empresas sem vínculo com a ECT.

7. REFERÊNCIAS

CRETELA JR, José. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Administração indireta brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Da Franquia na Administração Pública**, in Revista de Direito Administrativo, n.199:59/70.

GRAU, Eros Roberto. **Inexigibilidade de Licitação: Aquisição de Bens e Serviços que só podem ser Fornecidos ou Prestados por Determinado Agente Econômico**. Revista de Direito Público 100/37, out./dez. 1991.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. **Teoria Geral das concessões de serviço público**, São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Pareceres de Direito Público**. Sulina, 1963.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed., atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros. 1998.

ROJAS, Francisco José Villar. **“Privatización de Servicios Públicos”**, Madrid: TECNOS, 1993.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de Concessão de Serviços Públicos: equilíbrio econômico financeiro**. Curitiba: Juruá, 2002.