Consultoria-Geral da União
Fls. 273
GAB-CGU/AGU

PARECER AGU/CGU/JCBM/ 0019/2011.
PROCESSO Nº 0400.011022/2010-72
INTERESSADO: CCAF
ASSUNTO: Contratação da ECT por dispensa de licitação para serviços não exclusivos

1. O serviço postal é serviço público (ADPF 46). Titularidade da União e delegado à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Lei n. 6.538/78);
2. Ao serviço postal – por não se tratar de atividade econômica em sentido restrito - não se aplicam os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência (ADPF 46);
3. A atuação complementar da iniciativa privada na prestação de serviços postais não monopolizados pela ECT (art. 9ºda Lei n. 6.538/78), não afasta a titularidade da União (art. 21, X da CF/88);
4. Os serviços exclusivos (monopólio da ECT - art. 9° da Lei n. 6.538/78) são defesos à inciativa privada, sob pena de ilicitude penal (ADPF 46);
5. Os serviços postais não monopolizados pela ECT podem ser objeto de contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93);
6. A possibilidade de rescisão unilateral do contrato (art. 58, II da Lei n. 8.666/93) pela ECT é inaplicável em desfavor da Administração contratante para os serviços essenciais, objeto de exclusividade e monopólio (art. 9º da Lei nº 6.538/78).

Senhor Consultor-Geral da União,

- I –

Senhor Consultor-Geral da União,

O caso diz respeito à divergência – no âmbito da CCAF - entre entidades integrantes da Administração Pública Federal sobre a possibilidade ou não de contratação mediante dispensa (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para serviços não exclusivos. A divergência estende-se quanto à manutenção ou não de cláusula do contrato padrão da ECT,

Consultoria-Geral da União
Fls. 276
GAB-CGU/AGU

relativa à possibilidade de rescisão unilateral de contrato celebrado com a Administração Pública Federal.

2. A PGFN no Parecer CJU/COJLC Nº 1794/2010 manifestou pela impossibilidade de dispensa. O DECOR/CGU/AGU no Parecer 1794/2010 acompanhou o entendimento. A PGF no Parecer 294/2010/DHMS/CONSU/PGF/AGU e o Departamento de Assuntos Jurídicos Internos pela Nota DAJI/GAB-SUBST/AGU nº 1268/2008-CSS opinaram pela viabilidade da dispensa de licitação para os serviços não exclusivos. Lê-se no termo de Conciliação n. CCAF-CGU-AGU – APS-PBB 21/2010 (fls. 240-242v):

> *"Relativamente à possibilidade de dispensa de licitação ou não de serviços não exclusivos da ECT, a PGFN, à luz de um caso concreto analisado, apresentou o Parecer PGFN/CJU/COJLC nº 1794/2010 (anexo), em sentido contrário à dispensa, tendo sido acompanhada pelo DECOR/CGU/AGU (PARECER Nº 104/2010/DECOR/CGU/AGU). A posição dos entes mencionados possui lastro no acórdão nº 6931/2009 do TCU (primeira câmara), o qual entendeu que somente é possível contratar diretamente por dispensa de licitação serviços de pessoas jurídicas que foram criadas para prestar serviços apenas para a Administração Pública. Como a ECT também presta serviços particulares, não se enquadraria no inciso VIII do art. 24, e, em consequência, serviços postais não exclusivos devem ser necessariamente contratados através de licitação.*
> *Registra-se, por oportuno, que no processo administrativo envolvendo a FUNAI (NUP. 08620.000397/2006-48) o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União à época aprovou a NOTA DECOR/AGU nº 290/2007-PCN, que sugeriu, ao final, no item '42', o encaminhamento do caso á CCAF, para cotejo dos questionamentos junto aos demais processos em trâmite na CCAF. Referida nota também trouxe em seu item 20 o entendimento de que até o julgamento da ADPF 46 os entes públicos deveriam licitar os serviços postais não monopolizados em face da possibilidade de competição. Ressalta-se que nesse entendimento não foi abordada a interpretação do art. 24, VIII, da Lei nº 8.666/93, objeto de análise durante nossos trabalhos conciliatórios, inclusive, após o julgamento da ADPF nº 46.*
> *As manifestações dos demais participantes dessas tratativas (PARECER Nº 294/2010/DHMS/CONSU/PGF/AGU; Nota DAJI/GAB-SUBST/AGU nº 1268/2008-CSS) favoráveis à DL, seguem também anexas ao presente termo.*
> *Além da divergência acima apontada, acerca da possibilidade de contratação de serviços não exclusivos diretamente por dispensa de licitação, em que não se atingiu um consenso dos participantes, a ECT também não concordou em retirar a cláusula do contrato padrão que prevê a rescisão unilateral do contrato por parte dessa entidade. Todos os demais representantes afirmaram que a ECT somente poderia rescindir, nos serviços não exclusivos, seu contrato com a Administração Pública amigável ou judicialmente, pois as cláusulas exorbitantes previstas na Lei 8.666/93 aproveitam à Administração Pública contratante, e não à ECT no que diz respeito aos serviços não exclusivos"*

3. Os autos vieram para manifestação. Relato do essencial.

- II -

Consultoria-Geral da União
Fls. 175
GAB-CGU/AGU

4. Duas questões: a) possibilidade ou não de contratação direta da ECT para serviços não exclusivos mediante dispensa de licitação (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93) e b) cláusula padrão sobre a possibilidade de rescisão unilateral pela ECT nos contratos celebrados com a Administração.

5. Alguns pontos essenciais ao deslinde da controvérsia: a) natureza dos serviços prestados pela ECT, b) conclusões da ADPF n. 46, c) a dispensa de licitação (art. 24, VIII da lei n. 8.666/93) para serviços não exclusivos prestados pela ECT, e) amoldamento da interpretação da norma ao contexto histórico em que realizada.

6. O STF na ADPF n. 46 decidiu:

> *"Ementa*
>
> *EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo"*

Consultoria-Geral da União
Fls. 270
GAB-CGU/AGU

7. Decisão em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental vincula a Administração Pública. Art. 10º, § 3º da Lei n. 9.882/99:

> *§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.*

8. O STF firmou entendimento sobre a natureza pública dos serviços prestados pela ECT. Reconheceu a exclusividade da ECT na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio especial (art. 9º). Também que os "*regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade*".

9. Os serviços prestados no regime de exclusividade (art. 9º da Lei n. 6.538/78) estão fora da problemática. É defeso à iniciativa privada a sua prestação. O STF não manifestou a respeito dos serviços prestados pela ECT fora do regime de exclusividade. Mas reconheceu a natureza pública dos serviços prestados pela ECT. Situação que agasalha privilégio inerente à prestação do serviço público. Não é apenas o serviço postal que é público e sim todos os serviços prestados pela mesma. Lê-se na ementa:

> *"(...)*
>
> *1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.*
> *2. ...*
>
> *5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos , do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado"*

10. Fez-se distinção entre o regime de monopólio e a situação de privilégio inerente aos serviços públicos.

11. Manifestação do Min. Eros Grau na ADPF n. 46:

> *"Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão"*

12. A ECT é empresa pública federal. Nesta qualidade presta serviço público de interesse nacional. Mesmo que encontrem semelhança aos ofertados pela iniciativa privada.

13. Muito embora os serviços postais sejam de competência da ECT, o desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico resultou no desdobramento dessas atividades que passaram a ser desempenhadas pela iniciativa privada,

complementarmente à atividade estatal. Mas a prestação desses serviços postais não deixa de ter natureza publica somente pelo fato de terem correspondência na iniciativa privada. A Min. Ellen Gracie na ADPF 46 manifestou:

Consultoria-Geral da União
Fls. 297
GAB-CGU/AGU

> *"(...)*
>
> *Serviços públicos há que são abertos à iniciativa privada, sem concessão ou permissão. É o caso dos serviços de saúde (Constituição Federal, art. 199) e educação (Constituição Federal, art. 209), ainda que se estabeleçam limitações, como à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país (Constituição Federal, art. 199, § 3º), ou, o cumprimento de normas gerais da educação nacional (Constituição Federal, art. 209, I) e autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público (Constituição Federal, art. 209, II)"*

14. A qualidade do prestador do serviço não lhe imprime o caráter de atividade econômica. Tanto que a iniciativa privada presta serviços que são públicos mesmo desalbergada da concessão ou permissão. Caso dos serviços postais em que não houve essa delegação à iniciativa privada que os presta de forma complementar àqueles ofertados pela ECT. Fenômeno social resultante do distanciamento da norma ao tempo em que editada e a atualidade.

15. A ECT presta serviço postal. Serviço com definição legal (art. 7º, caput da Lei n. 6.538/78):

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

16. O serviço postal é o recebimento, a expedição, transporte e entrega de que? de objetos de correspondência, valores e encomendas. Os objetos de correspondência estão definidos (§ 1º do art. 7º):

> *"1º - São objetos de correspondência:*
>
> *a) carta;*
> *b) cartão-postal;*
> *c) impresso;*
> *d) cecograma;*
> *e) pequena-encomenda"*

17. No regime de exclusividade (monopólio) estão inseridas as seguintes atividades postais (art. 9º):

> *"Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:*
>
> *I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e 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 fórmulas de franqueamento postal."*



18. O STF na ADPF 46 reconheceu a exclusividade apenas para estes serviços. Nos demais não há. É livre a exploração pela iniciativa privada, independente de concessão ou permissão. A exclusividade ficou restrita aos serviços do art. 9º da lei n. 6.538/78. Lê-se no voto-vista do Min. Gilmar Mendes:

> *"Dessa forma, reconheço que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência-agrupada e fabricação de selos, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.538/78, não abarcando a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz, jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de 'encomenda' ou 'impresso' e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva ('monopólio') pela União"*

19. Superada a questão sobre a exclusividade, resta análise a respeito dos demais serviços postais prestados pela ECT.

20. A ECT está autorizada a prestar serviços em caráter de exclusividade (artigo 9º da Lei n. 6.538/78) e outros que não se inserem nesta condição segundo entendimento majoritário perfilhado na ADPF-46. Mas todos serviços postais. Serviço Público. Diz o artigo 2º, § 1º:

> "§ 1º - Compreende-se no objeto da empresa exploradora dos serviços:
>
> b) explorar atividades correlatas;
>
> ..
>
> d) exercer outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério das Comunicações;"

21. O rol dos serviços ofertados pela ECT – no entendimento majoritário do STF - estão em parte alcançados pela exclusividade (art. 9º da Lei n. 6.538/78) e em parte sem essa prerrogativa (art. 7º, § 1º, letra "c", "d" e "e". Nestes últimos – serviços postais não exclusivos – a iniciativa privada vicejou em atuação complementar à da ECT, mesmo sem delegação. Ou se possível dizer, processo de inconstitucionalização do monopólio, gerado pela demanda social à qual a ECT não mais atendia por completo.

22. Nesta seara, vem à baila a questão da possibilidade de contratação da ECT, por dispensa de licitação, para prestação de serviços não exclusivos. O TCU em 1/12/2009, no Acórdão n. 6.931, deu pela impossibilidade de contratação da ECT por dispensa de licitação nos casos dos serviços não exclusivos. Leia-se na Ementa:

> *"ACÓRDÃO 6931/09 ATA 43/2009 - PRIMEIRA CÂMARA Relator: Walton Alencar Rodrigues REPRESENTAÇÃO. JOGOS PANAMERICANOS E PARAPANAMERICADOS DE 2007. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADE INSUFICIENTE PARA APLICAÇÃO DE MULTA. ARQUIVAMENTO. 1. Os serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei 6.538/1978, não integram o serviço postal, explorado em regime*

Consultoria-Geral da União
Rec 279
GAB-CGU/AGU

> *de monopólio pela União (CF, art. 21, X). 2. Apenas as entidades que prestam serviços públicos de suporte à Administração Pública, criadas para esse fim específico, podem ser contratadas com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993. 3. As empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 173), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/1993."*

23. A Corte de Contas firmou entendimento de que os "*serviços prestados pelos Correios, em caráter complementar aos previstos na Lei 6.538/78, não integram o serviço postal, explorado em regime de monopólio pela União (CF, art. 21, X)*". Assentou que a contratação com fundamento no art. 24, VIII da Lei 8.666/93 restringe-se às entidades que prestam serviços de suporte à Administração Pública. Foi além para afirmar que as "*empresas públicas e sociedades de economia mista que se dedicam à exploração de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas (CF, 183), em consonância com os princípios constitucionais da livre concorrência e da isonomia, e não podem ser contratadas com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso VIII, da Lei 8.666/93*".

24. O entendimento do TCU colide com o externado pelo STF na ADPF n. 46. Nela resultou assentado que a ECT presta serviço público e ainda: a) que o serviço postal é serviço público e não atividade econômica, b) que por não ser atividade econômica não se aplica os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Entendimento contraposto ao qual o TCU sujeita-se em virtude dos efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público (art. 10º, § 3º da Lei n. 9.882/99). Os votos dos Ministros do STF na ADPF 46 são bastante elucidativos no considerar o serviço postal como espécie de serviço público. Alguns Ministros apresentaram conceito amplo a respeito da exclusividade da ECT na prestação dos serviços postais. No final, a exclusividade ficou restrita aos serviços indicados no art. 9º da Lei n. 6.538/78. Lê-se no voto do Min. Eros Grau:

> *"O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de correios e Telégrafos, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969, que foi recebido pela Constituição de 1.988. Atua, isto é, deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem, ou seja --- em linguagem técnica correta --- em situação de privilégio [o privilégio postal] ou --- na linguagem corrente --- em regime de monopólio.(grifo nosso)*
>
> *Quanto ao âmbito do serviço postal, está bem desenhado nos artigos 7º e seguintes da Lei n, 6.538/78, também recebida pela Constituição de 1.988"*

Consultoria-Geral da União
Fls. 210
GAB-CGU/AGU

25. Min. Joaquim Barbosa:

> *"..Não obstante os argumentos expostos, parece-me estar com razão a doutrina brasileira, amplamente majoritária, que entende ser o serviço postal um serviço público. Nesse sentido, cito, como exemplos, Hely Lopes Meirelles; Jose dos Santos carvalho Filho, Maria Sylvia DiPietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar e José Afonso da Silva:*
>
> *A titularidade do serviço público é, portanto, do Estado, que pode delegar sua execução a terceiros, preservando sempre seu poder de regulação. No caso do serviço postal, parece-me evidente que a titularidade do serviço é da União, a teor do art. 21, X, da Constituição.*
>
> *...*
>
> *Assim, uma análise pormenorizada do que consubstanciaria o serviço postal conduz inafastavelmente à constatação de que o interesse primordial em jogo é o interesse geral de toda a coletividade. É do interesse da sociedade que, em todo e qualquer município da Federação, seja possível enviar/ receber cartas pessoais, documentos e demais objetos elencados na legislação, com segurança, eficiência, continuidade e tarifas módicas. Não é mera faculdade do Poder Público colocar esse serviço à disposição da sociedade, e muito menos deixar sua completa execução aos humores do mercado, informado por interesses privados e econômicos.*
>
> *...*
>
> *O que pretende a arguente é que o referido serviço público seja considerado atividade econômica, para que o acesso a ele seja livre á iniciativa privada e, portanto, seja ela explorado livremente no mercado. Esquece-se, porém, de que as empresas a ela filiadas (Abred) não pretendem operar em todas as áreas que atua a ECT, e muito menos em todo o território nacional. Querem essas empresas atuar apenas naquele setor mais lucrativo e de maior interesse econômico: entrega de documentos comerciais. Ressalte-se que o trabalho por elas efetuado restringe-se às grandes cidades e capitais do país, não alcançando municípios pequenos e distantes do centro econômico nacional.'*

26. O Min. Cezar Peluso:

> *"O conceito de serviço público é histórico, sobretudo constitucional, mas, neste caso, há uma justificação que eu diria até metajurídica. O serviço postal, enquanto tende a assegurar a comunicabilidade como condição necessária, não apenas à integração, mas à coesão nacional, entende-se seja conceituado como serviço público. Daí a Constituição ter atribuído à União a responsabilidade de garantir a subsistência desse serviço como instrumento integração e coesão nacional."*

Consultoria-Geral da União
Fls. 281
GAB-CGU/AGU

27. A Min. Ellen Gracie é contundente no afastar do serviço postal a aplicação dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência:

> *"Ou seja, sob o disfarce de agressão aos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade de iniciativa o que pretende a arguente é que se lhe atribua a parcela menos penosa e mais rentável do mercado de entregas de correspondência, o que se faria mediante leitura reducionista do texto constitucional, quando refere a serviço postal, para dele excluir tudo que não fosse correspondência privada e confidencial.*
>
> ...
>
> *3. No mérito comungo com o pensamento de que serviços postal é serviço público, não atividade econômica em sentido estrito. A propósito, referindo-me a serviço postal, já afirmei anteriormente, quando do julgamento da ADI 3.080, em que fui, na qualidade de relatora, acompanhada pela unanimidade deste Plenário (julgamento em 02.08.04, DJ de 27-08.04) que 'é a União, por força do art. 21, X da Constituição, o ente da Federação responsável pela manutenção deste modalidade de serviço público'*
>
> *E, por não se tratar de atividade econômica em sentido estrito -- vale dizer, aquela em que o Estado, se atuar, em tudo deverá atender às regras da atividade privada – é que deixa de ser incluído no rol das exceções a esta categoria de atividade, a saber, o rol dos monopólios constantes do artigo 177 da Constituição Federal, pois este diz respeito, exclusivamente, às atividades que tenha cunho econômico. Não se trata, no caso, de exploração de atividade econômica pura e simples mas, no caso, de exploração de atividade econômica pura e simples, mas, como o próprio nome o diz, de prestação de serviço público. Serviço postal. Serviço que o constituinte confiou á União para que o mantivesse. E serviço que ela tem o dever de prestar em todo o território nacional. E que exercita por delegação legal a uma empresa pública expressamente constituída para tal finalidade.*
>
> *E, por não ser atividade econômica em sentido estrito é que não se lhe podem ser aplicados os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, como pretende a arguente."*

28. Como se repara, todas atividades desenvolvidas pela ECT no âmbito do serviço postal, únicas autorizadas a prestar – com ou sem exclusividade – não se inserem no âmbito da atividade econômica em sentido restrito, mas sim na categoria de serviço público. Estes afastados dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Ressalte-se que até se poderia, excepcionalmente, cogitar-se da aplicação dos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência no âmbito dos serviços postais mas somente nas relações entre particulares. Não na relação entre a ECT – empresa pública federal – e particulares. E que estes princípios realizam o primado da atividade econômica, cujos atores principais são privados.

29. A iniciativa privada ao prestar serviço público está inserida em dois contextos. Um na sua relação com o Poder Público e outro na sua relação com seus iguais. Com o Poder público sujeita-se às limitações inerentes ao serviço prestado e ao poder de império da entidade titular do serviço. Na relação com particulares a liberdade de concorrência e de livre iniciativa vai até onde não afete igual direito do concorrente.



30. A manutenção do serviço é obrigação exclusiva da União, muito embora não seja defeso à iniciativa privada atuar em relação aos serviços não exclusivos. Leia-se no voto da Min. Ellen Gracie:

> *"Serviços públicos há que são abertos à iniciativa privada, sem concessão ou permissão. É o caso dos serviços de saúde (Constituição Federal, art. 199) e educação (Constituição Federal, art. 209), ainda que se estabeleçam limitações, como á participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país (Constituição Federal, art. 199, § 3º), ou, o cumprimento de normas gerais de educação nacional (Constituição Federal, art. 209, I) e autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público (Constituição Federal, art. 209, III).*
>
> *Mas isso não é o que ocorre com o serviço postal. A sua manutenção, com exclusividade, a Constituição atribuiu à União"*

31. Mas esta abertura - decorrente do processo de afastamento da norma com a realidade – que propiciou o particular prestar serviço público fora dos regimes de concessão ou permissão, não afasta a titularidade do serviço postal que continua sendo público.

32. No entendimento final do STF na ADPF 46, a exclusividade na prestação do serviço postal ficou restrita àqueles indicados no art. 9º da Lei n. 6.538/78. Não alcançou outros serviços postais previstos na Lei n. 6.538/78. Mas a questão a respeito da natureza pública dos serviços postais e do seu não enquadramento como atividade econômica resultou pacificada naquela Corte. Portanto, ao serviço postal, não se aplica os princípios da liberdade de concorrência e da livre iniciativa em face da ECT. Leia-se no voto do Min. Menezes Direito:

> *"Quando nos enfrentamos, aqui, a Ação Originária nº 959, de que fui relator, eu fixei o entendimento, na linha do que a eminente Ministra Ellen Gracie acaba de demonstrar, que se trata sim de um serviço público e não de uma atividade econômica."*

33. O Min. Gilmar Mendes propôs interpretação conforme no sentido de não considerar objeto de exclusividade todos os serviços postais prestados pela ECT:

> *"Em relação à questão da recepção ou não, assumo uma posição intermediária, propondo interpretação conforme. Eu até bosquejava a ideia de que esta norma da Lei de 78 era compatível com a Constituição anterior. Parece que a própria evolução social e econômica estaria a sinalizar, aqui, um tipo de processo de inconstitucionalização. A própria dinâmica, hoje, dos serviços estaria a indicar a participação dos atores privados e uma certa*

Consultoria-Geral da União
Fls. 283
GAB-CGU/AGU

obsolescência dos dispositivos, pelo menos se lidos na sua literalidade estrita. Eu não consigo imaginar, por exemplo, que nós possamos invocar essa ideia do serviço público monopolístico para a entrega dos jornais, que se faz em geral, hoje, às cinco horas da manhã, e dizer que toda essa atividade, hoje realizada por empresas privadas, tivesse que ser desempenhada exclusivamente pela Empresa de Correios e Telégrafos. Parece que isso está sendo revisto pela realidade, imaginando a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

..

A questão, Ministro Eros Grau, que estamos a discutir agora é a abrangência deste serviço postal com essas características de atividade exclusiva – para não usarmos a expressão 'monopólio'–, porque, claro, os correios continuam a exercer essas atividades de maneira ampla, só que, também, em um contexto de 'concorrência' com as demais empresas."

34. O entendimento que prevaleceu foi de considerar serviço postal serviço público. Parte sob o manto da exclusividade (art. 9º da Lei n. 6.538/78). Parte que não. Prossegue o Min. Gilmar Mendes:

"..

De todo modo, mesmo considerando que a atividade postal é serviço público, não há como negar o tratamento constitucional peculiar sobre esse serviço.

..

Isto é, nem todos os serviços postais estão submetidos ao 'monopólio' ou prestação exclusiva da União. Logo, os serviços postais abrangidos pelo 'monopólio' devem ser interpretados restritivamente.

..

Não podemos negar que o avanço tecnológico influi no exame da matéria. Atualmente, por exemplo, o envio de boletos bancários é feito mediante mensagem eletrônica via internet, prescindindo do transporte ou distribuição nos moldes tradicionais.

O Tribunal não pode ignorar a realidade, sob pena de suas decisões ficarem despidas de qualquer eficácia. É o que ocorrerá se entendermos que quaisquer das atividades postais devem ser prestadas exclusivamente pela União.

Necessário que o legislador esteja atento para a implementação de modelos de prestação da atividade postal condizentes com a realidade social e tecnológica vigente, sem prejuízo do dever estatal de manter o serviço público postal (art. 21, inciso X, da CF), como, aliás, destaquei no início de meu voto.

Consultoria-Geral da União
Fls. 274
GAB-CGU/AGU

Dessa forma, reconheço que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência-agrupada e fabricação de selos, nos termos do art. 9º da lei nº 6.538/78, não abarcando a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de 'encomenda' e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva ('monopólio') pela União.

Essa parece ser a interpretação possível ante o inegável processo de inconstitucionalização, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas, do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de quaisquer das atividades postais indicadas na Lei n. 6.538/78"

35. É dispensável a licitação (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93):

"VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)"

36. A ECT atende os requisitos para contratação por dispensa para os serviços não exclusivos. Integra a Administração Indireta da União e foi criada para prestação de serviços postais, correlatos e afins (estes mediante autorização do Ministério das Comunicações. A ECT foi instituída pelo Decreto-Lei n. 509/69. A ela compete (art. 2º):

"Art. 2º - À ECT compete:

I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional;

II - exercer nas condições estabelecidas nos artigos 15 e 16, as atividades aí definidas.

III - explorar os seguintes serviços postais: (Incluído pela Lei nº 12.490, de 2011)

a) logística integrada; (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

b) financeiros; e (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)

c) eletrônicos. (Incluída pela Lei nº 12.490, de 2011)"

37. A Lei 8.666/93 exige que o órgão ou entidade que integre a Administração Pública *"tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei"*. A criação da ECT é antecedente à Lei 8.666/93. Esta não exige que os serviços tenham sido criados antes da vigência da Lei 8.666/93. Até seria absurdo se o fizesse. Importa é a criação anterior do órgão ou entidade. Ainda que se fizesse

Consultoria-Geral da União
Fls. 285
GAB-CGU/AGU

a conjugação da precedência da entidade e dos serviços isso não afetaria a situação da ECT para contratação dos serviços não exclusivos mediante dispensa de licitação (art. 24, VIII).

38. O serviço postal – reconhecido pelo STF na ADPF 46 como serviço público – é gênero de que são espécies: a logística integrada, serviços postais financeiros e eletrônicos (Lei n. 12.490/2011) e os demais relativos à entrega de objetos de correspondência (impresso, cecograma, pequena-encomenda) (art. 7º, § 1º da Lei n. 6.538/78); serviço postal relativos a valores (remessa de dinheiro por carta, remessa de ordem de pagamento por vale-postal, recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista) (§ 2º), serviço postal relativo a encomendas, a remessas e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil (§ 3º) e as atividades correlatas (art. 8º da Lei n. 6.538/78).

39. Toda gama de serviços postais estão inseridos no contexto da prestação de serviços públicos pela ECT. Os do art. 9º da Lei n. 6.538/78 pela via da exclusividade (monopólio) e os demais sem essa prerrogativa. Mas todos serviços públicos. Estes bipartidos: a)serviços públicos exclusivos e b) serviços públicos não exclusivos.

40. A natureza social dos serviços prestados pela ECT é que exige a mantença dos exclusivos (ainda que deficitários) e a prestação daqueles não exclusivos. Tudo em virtude da supremacia do interesse público na sua prestação e manutenção. Relata a Min. Ellen Gracie na ADPF 46:

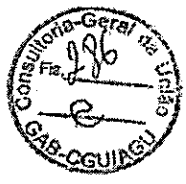
> "...
>
> *Tudo porque o serviço público vem informado pelo princípio da supremacia do interesse público, e, por isso, é mantido ainda em condições deficitárias, como é o caso da entrega de correspondências em locais remotos e de difícil acesso de nosso território nacional. Garantir condições de comunicabilidade e de remessa de mensagens ou objetos a todos os brasileiros é objetivo que responde a mais do que o simples interesse individual dos missivistas. Diz respeito aos superiores interesses da integração nacional"*

41. Os serviços postais não exclusivos não estão excluídos do privilégio. Apenas não possuem o privilégio da exclusividade (art. 9° da Lei n. 6.538/78) mas ostentam outro, de categoria menos ostensiva, inerente à qualidade de serviço público. Privilégio que possibilita a contratação desse serviço postal não exclusivo pela via da dispensa de licitação (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93).

42. O privilégio no caso do serviço público não é do prestador (órgão ou entidade). O privilégio é do serviço considerando seu destinatário: a coletividade. O privilégio é a forma de garantia do serviço adequado, regular, eficaz. Leia-se no art. 3º da Lei n. 6.538/78:

> *"Art. 3º - A empresa exploradora é obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade, qualidade, eficiência e outros requisitos fixados pelo Ministério das Comunicações"*

43. O regime de privilégio do serviço público atende a uma necessidade pública e não a uma benevolência estatal. O serviço postal – exclusivo ou não - é direito do cidadão e expresso nos seguintes termos (art. 4º):



> *"Art. 4º. É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama, observadas as disposições legais e regulamentares"*

44. A contrapartida da obrigação de assegurar a todos o direito de haver (reclamar) a prestação do serviço postal, sua continuidade, adequação e eficiência é o privilégio que lhe assegure a obtenção dos meios para essa finalidade. Dentre eles a mantença do ente que presta os serviços. Neste caso a ECT.

45. Os serviços postais prestados pela ECT gozam de privilégios, em virtude da supremacia do interesse público. Dentre eles: o da exclusividade (art. 9º da Lei n. 6.538/78) e o da possibilidade da contratação direta pela via da dispensa de licitação (art. 24, III da Lei n. 8.666/93), se conveniente for ao gestor público.

46. Para os serviços tidos como essenciais à população a exclusividade. Decorre da obrigação da ECT mantê-los em todas as localidades, ainda que em muitas não lhe seja viável economicamente.

47. A Lei n. 6.538/78 muito embora não tenha estendido a exclusividade para todos os serviços postais impôs à ECT a obrigação de responder à demanda da sociedade quando reconheceu "*a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama*" (art. 4º).

48. O serviço postal não é considerado atividade econômica em sentido restrito, muito embora aberto para exploração da iniciativa privada aqueles fora do rol do art. 9º da Lei n. 6.538/78 (serviços exclusivos prestados pela ECT). Situação resultante do julgamento da ADPF n. 46. A exploração pela iniciativa privada de um serviço público não altera a natureza deste.

49. Os serviços prestados pela ECT estão enquadrados no rol das atividades econômicas naquilo que não diga com a exclusividade? Evidente que não, como resulta dos votos citados na ADPF 46. O só fato da atividade ser prestada no âmbito da iniciativa privada sem concessão ou permissão não lhe imprime esse caráter se outro lhe advém, com precedência, da CF/88 (art. 21, X). O serviço postal é serviço público. Daí a possibilidade de contratação direta da ECT (art. 24, VIII da Lei n. 8.666/93) para o rol dos serviços postais não exclusivos.

50. Segundo o Min. Gilmar Mendes, teria ocorrido um processo de inconstitucionalização a respeito da exclusividade da ECT na prestação do serviço postal. Fato que ocasionou na atuação complementar da iniciativa privada, sem afastamento da titularidade da União, responsável pela manutenção do serviço postal. Mas serviço público não deixou de ser como reconhecido na ADPF 46. Sucedeu apenas que o monopólio de direito não manteve-se diante da realidade. Veja-se no voto do Min. Gilmar Mendes:

> *"(...)*
>
> *Dessa forma, reconheço que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão postal, correspondência agrupada e fabricação de selos, nos termos do*

6

art. 9º da Lei nº 6.538/78, não abarcando a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de 'encomenda' ou 'impresso' e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva ('monopólio') pela União.

Essa parecer ser a interpretação possível ante o inegável processo de inconstitucionalização, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas, do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de quaisquer das atividades postais na Lei n. 6.538/78.

Nesse ponto, não podemos deixar de levar em conta que, no caso em analise, o reconhecimento do 'monopólio' geral e irrestrito da União sobre a atividade postal pode se revestir de completa ineficácia no plano fático, em razão da própria realidade complexa que as novas tecnologias impõe no mundo hodierno"

Consultoria-Geral da União
Fls. 237
GAB-CGU/AGU

51. A obrigatoriedade de manutenção do serviço postal não se aplica à iniciativa privada, por não ser esta atividade considerada atividade econômica em sentido restrito e nem haver delegação formal dessa atuação.

52. O serviço público distingue-se do serviço privado pelos seguintes motivos: titularidade estatal, obrigação de continuidade e manutenção de serviço adequado, ainda que deficitário, privilégios em prol da prestação do serviço, responsabilidade por danos decorrentes da sua prestação, poderes de império para viabilidade de sua implantação e manutenção.

53. O serviço livre à iniciativa privada não obriga sua manutenção pelo prestador, independente de ser lucrativo ou não; o ente público não se obriga pela sua existência, continuidade e manutenção; ausência de privilégios estatais, etc...

54. Os serviços postais que são prestados pela iniciativa privada em caráter complementar aos da ECT, podem deixar de sê-los quando desinteresse ao prestador sua continuidade e/ou manutenção. É que a atividade privada regula-se pelas leis do mercado. Fato que não ocorre no serviço público, no qual a entidade estatal responde pela sua prestação contínua à sociedade.

55. Mesmo os serviços delegados à inciativa privada, cuja titularidade remanesce com quem os delegou, não resulta na desoneração do delegante. Este deve fiscalizar sua prestação e em casos extremos, assumir a prestação antes do prazo da delegação. Tudo a evitar o colapso ou prestação inadequada do serviço.

56. Refiro ainda à desnecessidade de Lei, muito embora existente (12.490/2011), para a prestação de novos serviços pela ECT, vez que compreendido no seu objeto a exploração de "atividades correlatas" e exercício de outras "atividades afins" (art. 2º, § 1º, letras "b" e "d" da lei n. 6.538/78). A atualização do que seja considerado atividades correlatas e afins, impulsionada pelo desenvolvimento tecnológico, não exigiria lei para tanto. É um processo natural de interpretação contextualizada no momento histórico em que se deu. A propósito, lê-se no voto no Min. Eros Grau na ADPF 46:

"...

Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.

O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seus fascínio, a sua beleza

...

Tudo quanto da tribuna foi dito sobre a evolução da tecnologia é veraz, mas deve refletir-se, na vigência da Constituição de 1.988, em aprimoramento tecnológico da empresa estatal delegada da prestação dos serviços, ECT"

57. Há normas que possuem um viés mais flexível do seu conteúdo dado sua abertura conceitual. É o caso da Lei n. 6.538/78 ao dispor sobre o serviço postal e a exploração de atividades correlatas e afins. Contudo, a Lei n. 12.490/2011 veio atualizar o rol de serviços postais prestados pela ECT.

58. A ECT foi criada previamente à edição da Lei n. 8.666/93 para prestação de serviços postais. Serviço público. Resulta claro o atendimento aos requisitos do art. 24, VIII da lei n. 8.666/93 neste aspecto. Situação que deve se aliar à compatibilidade de preços com o mercado.

59. O último questionamento é relativo à inserção de cláusula no contrato padrão a respeito da possibilidade de rescisão unilateral pela ECT dos contratos celebrados com a Administração.

60. A faculdade de rescisão unilateral dos contratos que a Administração celebra está relacionada ao regime jurídico dos contratos administrativos. É uma prerrogativa legal. Dispõe a Lei n. 8.666/93 (art. 58, I e II)

"Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;"

61. A prerrogativa de rescindir unilateralmente os contratos administrativos está relacionada à supremacia do interesse público. Situação que autoriza a rescisão quando esse interesse não esteja sendo atendido a contento ou seriamente ameaçado de lesão. Possui caráter dúplice: preventivo e/ou repressivo. Esta disposição está relacionada à qualidade de contratante da Administração Pública. Quando contratada, seu poder de império resulta limitado.

62. A ECT integra a Administração Pública Federal. Então a prerrogativa de inserção destas cláusulas exorbitantes. A ECT na condição de contratada, presta serviços postais que se bipartem: exclusivos (objeto de monopólio na dicção da Lei n. 6.538/78) e não exclusivos. Os serviços que sejam objeto de monopólio é defeso à iniciativa privada prestá-los. Sob pena de ilicitude penal consistente na violação do privilégio da União (art. 42 da Lei n. 6.538/78).

Consultoria-Geral da União Fls. 289 GAB-CGU/AGU

63. Nos contratos celebrados com a Administração no regime de exclusividade (monopólio), a faculdade de rescisão unilateral pela ECT resulta na inviabilidade de obtenção do serviço contratado. A Administração contratante ficaria sem o serviço. Serviço essencial para o qual não teria como suprir a demanda. Daí que a faculdade da ECT rescindir o ajuste afeta à supremacia do interesse público que justificaria esse proceder. Não há supremacia de interesse público contraposta uma a outra. A supremacia do interesse público é una. Não há interesse público contra interesse público. Assim como não haveria em tese legítima defesa contra legítima defesa. Nesta última se cogitaria da putativa. Situação que não há quando cuida-se da Administração.

64. Quando um ente da Administração contrata com outro sujeita-se ao regime jurídico administrativo pertinente. No caso da ECT é via de regra a contratada para prestação de serviços postais. **A supremacia do interesse público resulta na impossibilidade da Administração Pública se ver excluída da prestação de serviço monopolizado pela própria Administração.** Seria desarrazoada a possibilidade da ECT ter a faculdade de rescindir unilateralmente contrato de prestação de serviço objeto de monopólio e privar a Administração do mesmo.

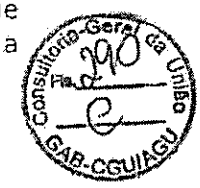
65. O regime de exclusividade/monopólio advém da essencialidade do serviço prestado. E serviço essencial não pode ser objeto de privação à própria Administração. A supremacia é pela obtenção do serviço e não em prol do prestador do serviço (ECT). Essencial é o serviço não o prestador. Resulta a inviabilidade de rescisão unilateral para serviços monopolizados ou essenciais, vez que afetado seria o interesse público.

66. Na prestação de serviços não exclusivos está ausente, em tese, a essencialidade. No entanto, a possibilidade da sua obtenção por outra via (iniciativa privada) não privaria a Administração do serviço. Daí a possibilidade de rescisão sem afetar ao interesse público primário.

67. Não se pode afastar a possibilidade da ECT, na qualidade de contratada para serviços não exclusivos (sem monopólio), poder rescindir unilateralmente contrato quando presentes os requisitos da Lei 8.666/93 (art. 78, incisos XIII a XVII). Nestas hipóteses, até os particulares contratados podem fazê-lo. Ressalte-se porém que a Administração na qualidade de contratada não goza do poder de império que possui na qualidade de contratante. A ECT pode rescindir unilateralmente os contratos para serviços não exclusivos, atendidas as hipóteses do art. 78 da lei 8.666/93 que digam respeito ao contratado. Não pode valer-se das hipóteses de rescisão relacionadas ao contratante (hipóteses dos incisos I a XII do art. 78 da Lei n. 8.666/93).

68. O que não soa razoável é a ECT comparecer nos contratos celebrados com a Administração com prerrogativas inerentes à qualidade de contratante e de contratado. Situação inconciliável.

69. Parece óbvio que a possibilidade de rescisão unilateral é cláusula que pode ser aplicada entre entes integrantes da Administração quando não se refira a serviços ou bens objeto de monopólio, para os quais não exista paralelo na iniciativa privada. A viabilidade de obtenção do bem ou serviço alternativo é que possibilita a rescisão unilateral do fornecedor Administração (contratado) para a Administração contratante.



- III -

70. Ante o exposto CONCLUO:

a) O serviço postal é serviço público (ADPF-46), de titularidade da União e delegado para a ECT;
b) Ao serviço postal - não considerado atividade econômica em sentido restrito -- não se aplicam os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa (ADPF n. 46);
c) Os serviços postais são de duas espécies: exclusivos (monopólio, art. 9º da Lei n. 6.538/78) e não exclusivos;
d) Os serviços postais não exclusivos - dado sua natureza pública - podem ser objeto de contratação direta por dispensa de licitação (art. 24, VIII da lei 8.666/93), observada a compatibilidade de preços com o mercado;
e) A contratação direta da ECT na prestação de serviços postais não exclusivos (art. 24, VIII da lei 8.666/93) não viola os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, por não se tratar de atividade econômica em sentido restrito (ADPF 46);
f) A cláusula de rescisão unilateral nos contratos da ECT não é aplicável contra a Administração contratante nos casos de serviços exclusivos (monopólio do art. 9º da Lei n. 6.538/78) e sem paralelo na iniciativa privada;
g) A faculdade de rescisão unilateral subsiste para os serviços não exclusivos e dentro das hipóteses da Lei 8.666/93 (art. 78, XIII a XVII).

À consideração superior.

Brasília, 20 de dezembro de 2011.

Júlio Cesar Barbosa Melo
Procurador-Federal
Mat. 106.14.11.7

Consultoria-Geral da União
Fl. 291
GAB-CGU/AGU

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 0289/2012

PROCESSO: 00400.011022/2010-72
INTERESSADO: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.
ASSUNTO: Contratação da ECT por dispensa de licitação para serviços não exclusivos.

1. Aprovo o Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011. De fato, percebe-se que pode haver divergência de entendimentos entre o Tribunal de Contas da União e o Supremo Tribunal Federal, no que se refere à matéria no presente expediente discutida. Para este último, o STF, nos termos do decidido na ADPF 46, o serviço postal é um serviço público. A Empresa de Correios e Telégrafos, nesse sentido, não exerceria atividade econômica em sua dimensão restrita. De tal modo, segundo o decidido pelo STF, não se aplicariam, à ECT, em âmbito de serviços postais, os rigores dos princípios que consagram a livre-concorrência e a livre-iniciativa.

2. Por outro lado, o TCU teria assentado, ao que consta, que a Administração não pode contratar com a ECT com dispensa de licitação, ainda que o objeto da contratação seja constituído de serviços postais, complementares, isto é, não exclusivos.

3. Assim, em face da aparente divergência, e em decorrência da prerrogativa que o STF tem de fixar o entendimento de matéria constitucional, inclusive com efeitos vinculantes e absolutos, é que, deve-se pautar decisão que aponte pela possibilidade da Administração contratar com a ECT, com dispensa de licitação, em tema de serviços públicos postais não exclusivos, bem entendido.

4. No que se refere à abrupta interrupção do contrato, por rescisão unilateral, por parte da ECT, deve-se atentar para a impossibilidade dessa interrupção unilateral, na hipótese de contratação afeta a serviços postais exclusivos. Que é, ao que parece, a matéria substancialmente aqui debatida.

5. Concluindo: a) nos termos de decisão do STF os serviços prestados pela ECT são serviços públicos, em qualquer circunstância; b) por isso, inviável a interrupção do contrato, por provocação da ECT, nas hipóteses de avenças que se refiram a serviços postais exclusivos.

6. Por fim, concomitantemente à devolução do expediente à Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU, comunique-se ao DEAEX, para gestão junto ao TCU, no que se refere a pedido de revisão de posição lá assentada, na matéria aqui revelada.

7. Dada a relevância do assunto, e de suas implicações no contexto da Administração Pública, submeto o presente despacho ao superior crivo do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União.

Brasília, 27 de março de 2012.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Consultoria-Geral da União
Fls. 298
GAB-CGU/AGU

DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REFERÊNCIA: Processo nº 00400.011022/2010-72.

1. **Aprovo** o PARECER Nº 19/2011/CGU/AGU/JCBM, com o qual se colocou de acordo o Consultor-Geral da União, através do DESPACHO Nº 289/2012.

2. Retornem os autos à Consultoria-Geral da União, para as providências subsequentes.

Em 20 de abril de 2012.

LUIS INÁCIO LUCENA ADAMS