

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 177
Janeiro/março – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O regime constitucional do serviço postal e os “monopólios” da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Introdução. 2. Serviço postal na Constituição Federal. 3. Disciplina do serviço postal no plano infraconstitucional. 4. Os “monopólios” da Lei Federal nº 6.538/1978 e a Constituição Federal de 1988. 5. Sobre os direitos de exclusividade da ECT. 6. Terceirização do serviço postal pela ECT. 7. Considerações finais.

1. Introdução

Apesar do advento da *Internet*, ainda se recorre ao correio tradicional para utilidades como a correspondência ou o envio de bens quando julgamos conveniente não o fazer de forma presencial. Até mesmo os contratos celebrados por meio de sítios de bens e serviços demandam recursos existentes desde o início do século passado; especialmente em países subdesenvolvidos que padecem de baixa inclusão digital, em que o acesso aos meios de comunicação social eletrônica é um sonho distante para a maioria de sua população¹.

Em face da relevância dessa atividade para o bom desenrolar das relações sociais, é natural que o ordenamento jurídico pátrio dedique parcela de suas normas para garantir segurança e previsibilidade a essa comodidade material. E que o Estado seja obrigado a regular, fiscalizar e assegurar a sua realização. Para tanto, exige-se o

¹ Sobre a questão do subdesenvolvimento, Cf. RIVERO, 2002; SEM, 1999.

Vladimir da Rocha França é mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto do Departamento de Direito Público da UFRN. Coordenador e Docente Permanente do Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN.

exercício da função administrativa² para concretizar essas metas.

No esforço de alinhar a administração pública brasileira com as premissas do modelo do Estado Regulador (ou “Neoliberal”, para os seus desafetos), não raras vezes o processo legislativo é empregado para permitir o maior acesso da iniciativa privada em campos historicamente explorados por empresas estatais. Todavia, nem sempre a ordem constitucional é observada na implementação dessas providências.

Não é diferente no correio, onde se depara com a tensão entre a estrutura jurídica herdada pela Constituição Federal de 1988 e as novas demandas mercantis e tecnológicas.

O objetivo do presente ensaio é examinar o regime constitucional do serviço postal e os limites da lei³ na disciplina dos direitos de exclusividade da empresa estatal que foi criada para atuar nesse setor.

2. Serviço postal na Constituição Federal

Uma distinção tormentosa para a doutrina do Direito Público reside na demarcação dos conceitos de serviço público e atividade econômica no sistema constitucional brasileiro (Cf. GRAU, 2001; GROTTI, 2003; MELLO, 1979; MELLO, 2001; NOVAIS, 1996). Nesse diapasão, qualquer proposta destinada a elucidá-la deve partir desse conjunto normativo⁴.

² Função administrativa é vista aqui como “a atividade de expedição, desempenhada pelas pessoas estatais (ou por quem esteja no exercício de prerrogativas estatais), de regras complementares à lei, sujeitas a controle jurisdicional, numa posição privilegiada e superior diante dos particulares, para viabilizar a concretização dos interesses públicos” (FRANÇA, 2005a, p. 13).

³ Por “lei” deve-se entender o produto do processo legislativo, nos termos do art. 59 da Constituição Federal.

⁴ Merece registro aqui a serena advertência de Eurico Marcos Diniz de Santi (1998, p. 300-301): “As definições do direito não pretendem alcançar o real; elas prescrevem o real. Por isso, a classe das coisas imóveis, no sentido jurídico, como referente real, não há de apresentar-se como móvel nem imóvel. Para o direito, pode ser imóvel uma casa, um terreno, um navio ou uma aeronave (para certos efeitos). O direito cria suas próprias

Entende-se aqui o serviço público como a prestação de utilidades (ou comodidades) materiais para os administrados que deve ser obrigatoriamente realizada pelo Estado sob os princípios do regime jurídico-administrativo (Cf. FRANÇA, 2005b)⁵.

Atividade econômica, por sua vez, envolve a produção, circulação e comercialização de bens e serviços regulada pelos princípios do direito privado e da ordem econômica. Como se adotou o modelo capitalista, ela constitui campo de atuação próprio da iniciativa privada (Cf. GRAU, 2001; MELLO, 2001)⁶.

Em se tratando de serviços públicos econômicos (destinados à satisfação de necessidades coletivas de ordem econômica), os particulares somente poderão explorá-los em regime de concessão ou permissão⁷, por força do art. 175 da Constituição Federal⁸.

realidades, constrói seus próprios conceitos e define-os para sobre eles poder falar com mais precisão. É como um tecido vivo e inteligente, capaz de prontamente absorver novas situações e transformá-las segundo suas categorias operacionais. O direito pretende regular condutas e seu instrumento é a linguagem; para isso, está atento ao teor de imprecisão e de ambigüidade de que a linguagem é portadora e corta a denotação das palavras mediante definições estipulativas, redefinindo a realidade e precisando, assim, os traços conceituais que conformam a urdidura normativa”.

⁵ O regime jurídico-administrativo destina-se à disciplina da atividade administrativa do Estado e encontra-se fundado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela Administração, (Cf. FRANÇA, 2000; MELLO, 2001).

⁶ Vide art. 170, parágrafo único, e art. 173, todos da Constituição Federal.

⁷ Sobre as concessões e permissões de serviços públicos, Cf. DI PIETRO, 2002; MELLO, 2001.

⁸ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Os serviços públicos econômicos podem ser prestados em caráter competitivo, com a incidência parcial dos princípios constitucionais da ordem econômica. É o que acontece, por exemplo, na área da energia elétrica e comunicações. Tradicionalmente, muitos desses serviços são rotulados pela doutrina como “serviços públicos comerciais ou industriais” (Cf. DI PIETRO, 2007; MEIRELLES, 2001). Embora haja forte resistência à expressão empregada neste ensaio (Cf. MELLO, 2003), cremos que

Quando a lei, nos termos da Lei Maior, permitir a prestação de serviço materialmente similar sob regime de autorização, tratar-se-á de atividade econômica (Cf. FRANÇA, 2005b)⁹.

Quando o serviço público se destina à concretização dos direitos sociais¹⁰, cuida-se do serviço público social. Sem prejuízo do dever do Estado de prestá-los ou viabilizá-los, os particulares têm a faculdade de atuar nesse campo sob regime de fomento (Cf. FRANÇA, 2005b).

Em rigor, serviço público e atividade econômica são regimes jurídicos distintos. No primeiro, há todo um conjunto de princípios constituído a partir dos preceitos básicos do regime jurídico-administrativo¹¹. No segundo, atuam com todo vigor os princípios constitucionais da ordem econômica e do direito privado, regentes fundamentais da livre iniciativa¹².

Diante desses conceitos, como classificar o serviço postal?

Segundo a Constituição Federal, a União tem competência privativa para legislar sobre a matéria (art. 22, V), sendo ainda sua atribuição “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (art. 21, X)¹³. Com apoio da doutrina constitu-

cionalista tradicional considerar que não existem termos inúteis nos enunciados do sistema do direito positivo, fica difícil atribuir-lhe alguma utilidade diante da forma como o serviço postal encontra-se regulado no plano infraconstitucional. Afinal, o que usualmente poderia ser qualificado como “correio aéreo nacional” foi inserido no conceito de serviço postal pela lei que disciplina esse setor. Ademais, esse ensinamento clássico merece ser profundamente revisto pela Ciência do Direito.

ela é adequada para extremá-los de serviços públicos com características constitucionais que lhes são bem peculiares.

⁹ Com a devida vênia, é equívoco o entendimento de que o regime jurídico deixou de ser fundamental para o conceito de serviço público, como defende Carlos Ari Sundfeld (2000). Na verdade, a Constituição Federal foi reformada para que prestações historicamente prestadas sob regime de serviço público por imposição técnico-jurídica pudessem ser prestadas sob regime de atividade econômica, conforme a política legislativa predominante.

¹⁰ Vide art. 6º da Constituição Federal.

¹¹ A saber: obrigatoriedade, continuidade, regularidade, igualdade, universalidade, mutabilidade, modicidade, eficiência e controle (Cf. FRANÇA, 2005; GROTTI, 2003).

¹² Autonomia da vontade, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, entre outros (Cf. BASTOS, 2000; GRAU, 2002). Vide o art. 170 da Constituição Federal.

¹³ A expressão “correio aéreo nacional” parece ociosa no texto constitucional. Malgrado a herme-

nalista, é mister asseverar que os demais entes federativos não têm legitimidade para intervir na matéria, salvo no que diz respeito à proteção dos interesses públicos que devem tutelar (Cf. HORTA, 2003; SILVA, 2002).

Assim, a Lei Maior designou à União a titularidade exclusiva do referido serviço, podendo inclusive fazê-lo por meio de entidade de sua administração indireta (Cf. MELLO, 2003)¹⁴. Observa-se ainda que o texto constitucional afastou do particular a possibilidade jurídica de prestá-lo sob regime de concessão, permissão ou autorização, ao contrário do que se vê em setores como as telecomunicações¹⁵. Ademais, não há no texto constitucional qualquer dispositivo que permita uma pessoa privada ter a liberdade de oferecer o serviço postal caso julgue conveniente ou oportuno.

A redação do art. 173, *caput*, da Constituição Federal¹⁶ poderia induzir o intérprete a classificar o serviço postal como atividade econômica sob monopólio da União. Entretanto, as atividades sujeitas a esse regime constitucional compõem o elenco do art. 177 da Carta Magna, em que não existe referência ao serviço postal¹⁷.

¹⁴ Vide art. 37, *caput*, e XIX, da Constituição Federal.

¹⁵ Vide art. 21, XI, da Constituição Federal.

¹⁶ “Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição*, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo conforme estabelecido em lei” (grifos acrescidos).

¹⁷ Assevera com precisão Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 24): “(...) é livre de qualquer dúvida ou reticência que o art. 173 não está aludindo à atividade postal, nem não está aludindo à atividade postal, nem às outras atividades previstas no art. 21,

Portanto, o serviço postal deve ser prestado exclusivamente sob regime do serviço público. Fica a critério da União escolher como fazê-lo, desde que o faça nos limites de sua competência legislativa. Podem ser identificadas as seguintes opções: (i) a criação de um órgão da administração direta dotado de competência para disponibilizar tal serviço aos cidadãos¹⁸; (ii) a instituição de uma autarquia¹⁹ ou fundação instituída pelo Poder Público na forma do direito privado²⁰, caso seja considerado conveniente e oportuno afastar qualquer caráter lucrativo; ou, (iii) a estruturação de uma empresa pública²¹ ou sociedade de economia mista²², se o regime jurídico dessas entidades for visto como o mais adequado.

É importante anotar que o serviço postal é um serviço público econômico peculiar, pois é constitucionalmente vedado o uso de instrumentos da concessão e da permissão; mostra evidente de que a lei não poderia dispor em contrário, sob pena de inconstitucionalidade.

O serviço postal brasileiro encontra-se atualmente regulado pela Lei Federal n. 6.538, de 22.6.1978, secundada por vários atos normativos do Poder Executivo e sem prejuízo às normas internacionais sobre a matéria²³. Embora possua algumas impropriedades terminológicas, trata-se de um conjunto normativo que foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada pela Carta Magna de 1988.

quando ressaltou a proibição ao Estado de explorar atividade econômica 'os casos previstos nesta Constituição' (o monopólio do art. 177) e os decorrentes de 'imperativos da segurança nacional' ou de 'relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei'. Eis, pois, que os arts. 170 e 173 nada, absolutamente nada, têm a ver com o que ficou disposto no art. 21, X".

¹⁸ Vide art. 4º, I, do Decreto-lei n. 200, de 25.2.1967.

¹⁹ Vide art. 5º, I, do Decreto-lei n. 200/1967.

²⁰ Sobre a existência de fundações de direito privado que são instituídas pela Administração, Cf. DI PIETRO, 2007; MELLO, 2001.

²¹ Vide art. 5º, II, do Decreto-lei n. 200/1967.

²² Vide art. 5º, III, do Decreto-lei n. 200/1967.

²³ Vide art. 1º e art. 2º, *caput*, e § 7º, todos da Lei Federal n. 6.538/1978.

3. Disciplina do serviço postal no plano infraconstitucional

Quando o sistema do direito positivo determina um conceito, ele não deve ser ignorado na aplicação da norma jurídica (Cf. DE SANTI, 1999; KELSEN, 1991; VILANOVA, 1997). Os conceitos jurídico-positivos não são verdadeiros ou falsos (como as definições da ciência do direito), mas sim vigentes ou não de acordo com a dinâmica do próprio ordenamento jurídico.

Embora a Constituição Federal tenha apresentado elementos para se identificar o conceito jurídico-positivo de serviço público, não fez o mesmo para o serviço postal. Nem seria de boa técnica-legislativa o contrário, diante da transformação contínua da tecnologia e da sociedade.

Cabe ao legislador definir o que vem a ser serviço postal dentro das limitações impostas pela Constituição Federal.

O art. 7º da Lei Federal n. 6.538/1978 conceitua o serviço postal como "o recebimento, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento".

Há três modalidades de serviço postal: (i) serviço postal relativo a objetos de correspondência, abrangendo a carta, carta-postal, impresso, cecograma e pequena-encomenda²⁴; (ii) serviço postal relativo a valores, o qual compreende a remessa de dinheiro, de ordem de pagamento e o adimplemento de obrigações pagáveis por via postal²⁵; e, (iii) serviço postal relativo a encomendas, que diz respeito a remessa e entrega de objetos, com ou sem valor mercantil, por via postal²⁶.

Convém destacar que a Lei Federal n. 6.538/1978 regula também o "serviço de telegrama", definido em seu art. 25 como o "recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas, conforme definido em regulamento".

²⁴ Vide art. 7º, § 1º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁵ Vide art. 7º, § 2º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁶ Vide art. 7º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

O diploma legal em apreço define também algumas atividades como “correlatas” ao serviço postal²⁷ e do serviço de telegrama²⁸.

Conforme o art. 2º da Lei Federal n. 6.539/1979, o serviço postal e o serviço de telegrama devem ser explorados pela União, mediante empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações²⁹. A esta entidade reconhece-se a prerrogativa do “monopólio” desses serviços³⁰, bem como o dever de prestá-los a todos aqueles que os solicitarem, assegurando-lhes continuidade de acordo com a legislação em vigor³¹.

Hodiernamente, a empresa pública à qual foi designada a exploração desses “monopólios” é a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), criada por meio do Decreto-lei n. 509, de 20.3.1969 e estruturada pelo Decreto Federal n. 83.726, de 17.7.1979³². Contudo, a ECT tem a faculdade de celebrar contratos e convênios para garantir a efetividade dos serviços de sua competência quando autorizada pelo Ministério das Comunicações³³. Também pode constituir subsidiárias para explorar

as atividades pertinentes ao setor, se isso for permitido pelo Poder Executivo³⁴.

As prerrogativas da ECT foram de certo modo abaladas pelo advento da Lei Federal n. 9.074, de 7.7.1995, que submeteu o serviço postal à Lei Federal n. 8.987, de 13.2.1995³⁵.

4. Os “monopólios” da Lei Federal nº 6.538/1978 e a Constituição Federal de 1988

Independentemente de seu grau de eficácia, todas as normas constitucionais têm a aptidão de revogar todos os preceitos legais que lhes sejam incompatíveis (Cf. SILVA, 1998), sendo possível o Poder Constituinte optar por estabelecer regras de transição para outorgar segurança às situações jurídicas constituídas sob a égide da ordem constitucional superada (Cf. ROCHA, 2001).

Se a lei editada segundo o sistema constitucional derrubado é compatível com a ordem jurídica que se instaura com a nova Constituição, ela é classificada como recepcionada. A recepção constitucional dessa lei pode ser parcial, caso alguma antinomia seja identificada entre um comando desta e a Lei Maior.

Outro ponto a ser realçado envolve a tarefa dos operadores do sistema do direito positivo de desenvolver estratégias de interpretação que assegurem a maior concretização possível às normas constitucionais (Cf. BARROSO, 1996; BASTOS, 1997; SARLET, 2001; SILVA, 1998). Se existem duas ou mais exegeses possíveis na aplicação da lei recepcionada, o órgão competente tem a obrigação de escolher aquela que prestigie de modo mais fecundo os valores e diretrizes impostos pela Constituição Federal.

Assim, o exame do arcabouço normativo do serviço postal brasileiro, construído em sua maioria sob a égide da ordem constitucional anterior, deve ser compreendido

²⁷ Vide art. 8º da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁸ Vide art. 26 da Lei Federal n. 6.538/1978.

²⁹ Por força do art. 21, X, da Constituição Federal, uma *empresa pública federal*. “Deve-se entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por lei como instrumento de ação do Estado, com personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer das formas admitidas em Direito e cujo *capital* seja formado *unicamente por recursos das pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal*” (MELLO, 2001, p. 147, grifos do autor).

³⁰ Vide arts. 9º e 27, todos da Lei Federal n. 6.538/1978. A referida empresa tem inclusive o poder de promover ações de desapropriação, após declaração de utilidade pública emitida pela União (art. 2º, § 6º, da Lei Federal n. 6.538/1978).

³¹ Vide art. 2º, § 4º, e art. 3º, todos da Lei Federal n. 6.538/1978.

³² Convém registrar que a ECT é fruto da transformação do antigo Departamento de Correios e Telégrafos (DCT) em empresa pública.

³³ Vide art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

³⁴ Vide art. 2º, § 2º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

³⁵ Vide art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995.

e aplicado em conformidade com o perfil que a Constituição Federal vigente determinou a esse setor.

De imediato, verifica-se a inadequação do termo “monopólio” para designar a exclusividade da União de explorar o serviço postal (Cf. MELLO, 2003)³⁶. Nesse contexto, “monopólio” deve se restringir para nomear a atividade econômica cuja titularidade foi constitucionalmente negada à iniciativa privada (Cf. GRAU, 2002). Afinal, a Lei Maior determina que o serviço postal seja prestado sob o regime do serviço público.

Entretanto, a Lei Federal n. 6.538/1978 assegura a exclusividade da ECT não somente para o serviço postal. O serviço de telegrama não poderia ser explorado por outro ente (estatal ou privado) que essa empresa pública federal.

Ao se debruçar novamente sobre os preceitos constitucionais que cuidam do serviço postal, é mister asseverar a ausência de qualquer menção ao serviço de telegrama no texto da Lei Maior.

Talvez a questão não tenha chamado tanto a atenção da Assembléia Nacional Constituinte de 1985 em razão do estado da arte das comunicações de seu tempo.

Tomando-se por base a definição legal de serviço de telegrama (“recebimento, transmissão e entrega de mensagens escritas”) e os atos normativos do Poder Executivo³⁷, nota-se que essa atividade difere do *email* em virtude da necessidade da entrega da mensagem em papel por meio de um agente da ECT³⁸.

³⁶ Do ponto de vista da Ciência Econômica, a ECT realmente detém o “monopólio” do serviço postal. Mas nem sempre os conceitos de outras ciências adentram no sistema do direito positivo em toda sua pureza.

³⁷ A Portaria n. 1.351, de 21.12.1978, do Ministério das Comunicações, estabelece que telegrama compreende “a mensagem escrita transmitida por qualquer meio de telecomunicação a ser convertida em comunicação escrita a ser entregue ao destinatário” ou “a mensagem escrita em formulário próprio e copiada para ser entregue ao destinatário, mesmo que esteja sujeita a transmissão”.

³⁸ Embora a Constituição Federal faça referência aos meios de comunicação social eletrônica em seu

Uma saída possível seria classificá-lo como um serviço de telecomunicação³⁹? Para resolver essa questão, faz-se necessário apreciar os enunciados constantes do art. 60 da Lei Federal n. 9.472, de 16.7.1997:

“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º *Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.*

§ 2º Estação de telecomunicação é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis (grifos acrescidos)”⁴⁰.

A análise do referido conceito jurídico-positivo impede a classificação do serviço de telegrama como telecomunicação, uma vez que a mensagem escrita chega ao destinatário dispensando o papel. Desse modo, à luz da Constituição Federal, o serviço de telegrama deve ser interpretado como uma espécie de serviço postal. E, naturalmente, como um serviço público.

5. Sobre os direitos de exclusividade da ECT

A Lei Federal n. 6.538/1978 reconhece à ECT o direito de explorar com exclusividade o serviço postal⁴¹. Todavia, de

art. 222, § 3º, o Brasil padece de um marco regulatório claro para esse setor.

³⁹ Vide o art. 21, XI, da Constituição Federal.

⁴⁰ Apesar da justificada advertência de Celso Ribeiro Bastos (1997) de que não se deve interpretar a Constituição Federal a partir da lei, é preciso lembrar que os conceitos jurídico-positivos constantes de preceitos legais recepcionados não podem ser ignorados pelo intérprete na compreensão e concretização das normas constitucionais.

⁴¹ A ECT não é titular do serviço postal, mas sim do seu exercício (Cf. MELLO, 2001).

acordo com o art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995, a ECT deve aparentemente atuar segundo o regime jurídico das concessões comuns de serviço público:

“Art. 1º Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes serviços e obras públicas de competência da União:

(...)

VII – os serviços postais”⁴².

Nos termos do art. 2º, II, da Lei Federal n. 8.987/1995, a concessão de serviço público consiste na “delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Trata-se de uma modalidade de contrato administrativo que somente pode ser empregado pelo Poder Público quando há amparo constitucional ou legal⁴³.

Em face do disposto no art. 21, X, da Constituição Federal, o art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995 padeceria de inconstitucionalidade?

Como já foi asseverado, a Lei Maior impede o uso da concessão de serviço público na prestação do serviço postal. Mas uma interpretação conforme do preceito legal em apreço torna dispensável a sua expulsão do sistema do direito positivo por vício de inconstitucionalidade.

As empresas públicas, quando prestadoras de serviços públicos, podem ou não atuar em regime de concessão. Em rigor, quando a empresa pública é criada pelo ente federativo para explorar um serviço de sua competência constitucional, estabelece-se uma relação entre criador

⁴² As concessões especiais de serviço público – as parcerias público-privadas – são reguladas pela Lei Federal n. 11.079, de 30.12.2004.

⁴³ Vide art. 2º da Lei Federal n. 9.074/1995. Sobre a constitucionalidade desse dispositivo legal, Cf. DI PIETRO, 2002; WALD; MORAES; WALD, 2004.

e criatura incompatível com o plexo de direitos reconhecidos aos concessionários de serviço público (Cf. MELLO, 2001). E, na situação sob exame, não se trata de uma descentralização por colaboração, mas sim de uma descentralização por serviços, na qual inexistente espaço para a licitação (Cf. DI PIETRO, 2002; GRAU, 2002).

É o que acontece no serviço postal, uma vez que a ECT é uma empresa pública federal que explora um serviço público de competência exclusiva da União. Por conseguinte, são legítimas as prerrogativas que a Lei Federal n. 6.588/1978 reconhece em favor dessa empresa estatal. Os “monopólios” que foram designados à ECT somente poderiam ser quebrados caso reformado o art. 21, X, da Constituição Federal, nos moldes dos serviços de energia elétrica e telecomunicações.

A melhor interpretação do art. 1º, VII, da Lei Federal n. 9.074/1995 é a de que o regime jurídico das concessões comuns de serviço público deve ser aplicado supletivamente ao serviço postal, diante da presença de lacunas da Lei Federal n. 6.538/1978. Isso sem que a ECT seja visualizada como uma concessionária. Do contrário, sua inconstitucionalidade deve ser reconhecida pelo Poder Judiciário, na condição de guardião da Constituição Federal⁴⁴.

Com relação ao § 1º do art. 1º da Lei Federal n. 9.074/1995, o mesmo não pode ser feito:

“Art. 1º (...)

§ 1º Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT com as Agências de Correio Franqueadas – ACF permanecerão válidos pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão,

⁴⁴ Vide art. 97, art. 102, I, “a”, e 103, todos da Constituição Federal.

prazo esse que não poderá ser inferior a 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002”.

Os contratos referidos nesse dispositivo teriam a sua validade esgotada em 28.11.2007, consoante o art. 1º da Lei Federal n. 10.577, de 28.11.2002. Entretanto, o Poder Executivo resolveu empregar a competência que lhe confere o art. 62 da Constituição Federal para modificar tal regramento.

A Medida Provisória nº 403, de 26-11-2007, determinou a revogação do dispositivo legal em apreço, bem como a prorrogação da vigência desses negócios jurídicos por mais dezoito meses, contados do mesmo dia 28-11-2007. Isso até licitação para celebração de “contratos de franquia postal” sob o regime jurídico indicado no art. 3º deste diploma legal.⁴⁵

Como já se viu, as concessões comuns de serviço público são inadequadas para permitir a prestação de serviço postal por pessoas privadas. Ademais, a providência determinada no art. 1º, § 1º, da Lei Federal n. 9.074/1995 apresentava uma dificuldade adicional no que concerne ao exercício das prerrogativas inerentes do Poder Concedente: caberia a órgão da administração direta ou à ECT⁴⁶? É uma afronta direta e incorrigível ao art. 21, X, da Constituição Federal.

Por conseguinte, revela-se nítida a inconstitucionalidade do art. 1º, § 1º da Lei Federal n. 9.074/1995. Resta saber se a sua expulsão “provisória” do sistema do direito se tornará permanente.

6. Terceirização do serviço postal pela ECT

A ECT goza ainda da possibilidade de terceirizar o serviço postal, contratando particulares para ampliar o acesso do cida-

⁴⁵ “Art. 3º Os contratos de franquia empresarial postal, celebrados pela ECT, são regidos por esta Medida Provisória e, subsidiariamente, pelo Código Civil Brasileiro e pelas Leis nºs 8.955, de 15 de dezembro de 1994, e 8.666, de 21 de junho de 1993, utilizando-se o critério de julgamento previsto no inciso IV do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

⁴⁶ Vide art. 2º, I, da Lei Federal n. 8.987/1995.

dão a tal comodidade. Estabelece o art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978:

“Art. 2º O serviço postal e o serviço de telegrama são prestados pela União, através de empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

(...)

§ 3º A empresa exploradora dos serviços, atendendo a conveniências técnicas e econômicas, e sem prejuízo de suas atribuições e responsabilidades, pode celebrar contratos e convênios objetivando assegurar a prestação dos serviços, mediante autorização do Ministério das Comunicações”.

Em primeiro lugar, os contratos celebrados pela ECT com base no dispositivo acima transcrito devem ser precedidos de licitação, como determina a Constituição Federal⁴⁷. Assim, evita-se a violação do princípio da isonomia e da moralidade no exercício desse direito.

Outro aspecto a ser enfrentado reside no regime jurídico dos contratos celebrados entre a ECT e os particulares para permitir que estes possam explorar o serviço postal.

Como a ECT não é uma concessionária de serviço público, não se mostra adequado o uso da subconcessão, prevista no art. 26 da Lei Federal n. 8.987/1995. O uso de contrato administrativo da Lei Federal n. 8.666, de 21.6.1993, é possível em tese, se sua rigidez não comprometer a eficiência do serviço postal.

O certo é que a referida empresa pública federal tem escolhido desenvolver essa faculdade mediante contratos de franquia, regidos no direito privado pela Lei Federal n. 8.955, de 15.12.1994 (Cf. DI PIETRO, 2002)⁴⁸. Nessa modalidade de negócio jurídico, a pessoa privada presta o serviço como franqueado da ECT, empregando

⁴⁷ Vide art. 37, XXI, da Constituição Federal.

⁴⁸ Para Marçal Justen Filho (2003), esses contratos não podem ser enquadrados como franquias, devendo ser inteiramente submetidos ao regime das concessões de serviço público; o que é problemático, uma vez que a ECT não é uma concessionária de serviço público.

o nome, marca e técnicas de atuação do franqueador estatal. Sob regulação do Poder Executivo e fiscalização da ECT, o franqueado tem direito aos resultados financeiros da exploração da atividade em apreço. Para a celebração desse contrato, exige-se o respeito ao princípio da licitação e o pagamento de uma importância pela outorga da franquia, consoante o disposto no edital que a precedeu.

Como envolve um contrato de direito privado da administração pública, a inserção de “cláusulas exorbitantes” próprias do contrato administrativo dependerá de sua expressa previsão no instrumento contratual (Cf. FRANÇA, 2003)⁴⁹. De qualquer forma, a ECT não pode deixar de estabelecer no contrato as prerrogativas que se fizerem indispensáveis para concretizar o seu dever de zelar pela continuidade, confiabilidade, eficiência e qualidade do serviço postal⁵⁰.

Na oportunidade, mostra-se imperioso advertir que os contratos de franquia celebrados pela ECT não podem afastar a responsabilidade dessa empresa estatal no ressarcimento dos usuários pelas perdas e danos decorrentes de falha no serviço postal fornecido pelo particular. Sob a perspectiva do usuário do serviço postal, o franqueado é um mero representante da ECT. É o que se depreende da redação do art. 2º, § 3º, da Lei Federal n. 6.538/1978.

De certo modo, a Medida Provisória 403/2007 satisfaz essas exigências e ponderações, mas caberá ao Congresso Nacional dar a palavra final sobre o assunto⁵¹.

Por fim, cumpre advertir que nem todas as atividades relacionadas ao serviço postal dependem necessariamente de franquia para que possam ser desempenhadas por pessoas privadas. A Lei Federal n. 6.538/1978 prevê que algumas utilidades ou comodidades postais de pequeno porte podem ser realizadas pelo particular,

desde que respeitadas as prerrogativas da ECT⁵².

7. Considerações finais

O serviço postal é um serviço público cuja prestação deve ser feita exclusivamente pela União ou por entidade de sua administração indireta. Atualmente, cabe à ECT desempenhar essa tarefa, garantindo a sua exploração em conformidade com os princípios regentes dessa atividade administrativa.

É uma imposição constitucional.

A reforma do marco regulatório do setor postal passa necessariamente por mais um processo de emenda à Constituição Federal. A integridade do sistema do direito positivo não pode ceder aos impulsos e açosamentos da iniciativa privada e das políticas de reestruturação do Estado.

Outro ponto importante a ser destacado consiste na urgência da revisão do regimento desse serviço público à luz da revolução da informática. O conceito de serviço postal precisa ser redefinido e repensado diante da inevitável expansão da rede de comodidades materiais que a *Internet* e os novos instrumentos de telecomunicação têm oferecido à sociedade brasileira.

Mas isso deve ser feito levando-se em consideração o subdesenvolvimento do Brasil. Senão essa reforma somente atenderá àqueles que já possuem acesso efetivo aos benefícios produzidos pela sociedade e pelo Estado.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: C. Bastos, 1997.

_____. *Direito econômico brasileiro*. São Paulo: C. Bastos, 2000.

⁵² Vide art. 9º da Lei Federal n. 6.538/1978.

⁴⁹ Vide art. 65, § 3º, I, da Lei Federal n. 8.666/1993.

⁵⁰ Vide art. 3º da Lei Federal n. 6.538/1978.

⁵¹ Vide art. 62 da Constituição Federal.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. Análise crítica das definições e classificações jurídicas como instrumento para compreensão do direito. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Org.). *Direito global*. São Paulo: M. Limonad, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

_____. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Aspectos constitucionais da hipótese tributária da taxa pela prestação de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

_____. Conceito de contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 41, 2003.

_____. A função administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005a.

_____. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 7, n. 34, nov./dez. 2005b.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. Tradução de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Serviço postal e atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 42, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. 1 v.

NOVAIS, Elaine Cardoso de Matos. Serviço público: conceito e delimitação na ordem constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: M. Limonad, 1996.

RIVERO, Oswaldo de. *O mito do desenvolvimento: os países inviáveis do século XXI*. Tradução de Ricardo A. Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: _____. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: M. Limonad, 1997.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luíza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis ns. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.