



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 243.442/2016-AsJConst/SAJ/PGR

Arguição de descumprimento de preceito fundamental 392/DF

Relator: Ministro **Edson Fachin**

Requerente: Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil

Interessado: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA 3.894/2014 DO MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES. FRANQUEAMENTO AUTORIZADO DE CARTAS (FAC). ILEGITIMIDADE ATIVA. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

1. Não possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental entidade de classe de âmbito nacional que represente mera fração de categoria econômica.
2. Não cabe arguição de descumprimento de preceito fundamental para impugnar ato infralegal, que demande análise prévia de normas infraconstitucionais.
3. Não cabe ADPF para solucionar litígios concretos, individuais, mormente os que exijam instrução probatória.
4. Não atende ao requisito legal de subsidiariedade ADPF ajuizada contra atos administrativos normativos, cuja solução pode ser obtida por processo subjetivo.
5. Não violam a Constituição da República, muito menos preceitos fundamentais dela, contratos de franqueamento autorizado de cartas celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e pessoas jurídicas de direito privado, a fim de viabilizar prestação de serviço postal por atacado. Tampouco existe ilicitude na vedação de que esse serviço seja prestado pelas agências de correios franqueadas (ACFs), em face das peculiaridades daquele e do objeto de atividade destas, voltadas ao atendimento no varejo.

6. Descabe ao Poder Judiciário declarar inconstitucionalidade de cláusula de contrato administrativo para incluir serviço não negociado pela ECT nem previsto no processo licitatório, sob pena de afronta ao princípio da divisão funcional de poder.

7. Parecer pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, caso ultrapassado esse obstáculo, por indeferimento de medida cautelar.

1. RELATÓRIO

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil em face de atos administrativos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), os quais permitiriam prestação dos serviços de Franqueamento Autorizado de Cartas (FAC) por empresas terceirizadas e não por franquias postais.

Um dos atos atacados é a Portaria 3.894, de 18 de dezembro de 2014, do Ministério das Comunicações, no seguinte ponto:

Art. 1º O item 3.6 da Norma de Diretrizes para a Padronização da Rede de Unidades de Atendimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, aprovada pela Portaria MC nº 384, de 2 de setembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“3.6. Respeitadas a legislação específica, as disposições contratuais e as orientações normativas da ECT, deverá ser vedado às AGF executar atividades relativas aos produtos e serviços postais previstos no art. 9º da Lei nº 6.538, de 1978, contratadas por instrumento próprio celebrado pela ECT com seus clientes, cujas características de volume ou quantidade estejam definidas nas normas internas da ECT como de atacado.”

Afirma que para ter acesso ao FAC, a empresa interessada deve cumprir exigências como regularidade fiscal e mínimo de 50.000 postagens mensais. Aduz que algumas não conseguem atender a esses requisitos e se utilizam de contrato “guarda-chuva” para conseguirem se enquadrar no sistema do FAC. Alega que as empresas do FAC não se submetem às mesmas exigências das franquias postais e conseguem vender postagem a seus clientes a preços inferiores aos praticados pela própria ECT, considerando o mesmo tipo de objeto postal e que empresas terceirizadas e não licitadas podem cobrar dos clientes o preço integral do porte praticado pelos Correios, pagar o preço com desconto e obter lucro com isso. Assevera inconstitucional vedar prestação dos serviços mencionados pelas franquias postais, estabelecida na Portaria 3.894, de 18 de dezembro de 2014, do Ministério das Comunicações. Indica afronta aos arts. 5º, *caput*, 21, X, e 37, *caput* e XXI, da Constituição da República.

O Ministro EDSON FACHIN adotou o rito do art. 5º, § 2º, da Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1992, e solicitou manifestação da ECT, da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República (peça 13).

A Advocacia-Geral da União pronunciou-se por não conhecimento da arguição e por indeferimento de medida cautelar (peça 20).

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos manifestou-se por não conhecimento da arguição, pelas seguintes razões: (a) ile-

gitimidade ativa da requerente; (b) ausência de controvérsia judicial relevante e (c) inobservância do princípio da subsidiariedade. Defendeu o indeferimento de medida cautelar e destacou perigo de dano inverso, pois os contratos de FAC representam 30% do faturamento anual da empresa pública (peça 22).

É o relatório.

2. PRELIMINARES

2.1. ILEGITIMIDADE ATIVA

Legitimidade ativa *ad causam* de entidade de classe de âmbito nacional para provocar controle concentrado de constitucionalidade, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, depende de: (i) homogeneidade da categoria que represente;¹ (ii) representatividade da categoria em sua totalidade;² (iii) não hibridismo na composição;³ (iv) comprovação de caráter nacional pela presença de membros ou associados em, pelo menos, nove Es-

1 Supremo Tribunal Federal. Plenário. Questão de ordem na ação direta de inconstitucionalidade 108/DF. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 13/4/1992, unânime. *Diário da Justiça*, 5 jun. 1992; *Revista trimestral de jurisprudência*, vol. 141, p. 3.

2 STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 1.486/DF. Rel.: Min. MOREIRA ALVES. 19/9/1996. *DJ*, 13 dez. 1996.

3 STF. Plenário. ADI 146/RS. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA. 6/5/1998, un. *DJ*, 19 dez. 2002; *RTJ*, v. 139, p. 391.

tados da Federação;⁴ (v) vinculação temática entre objetivos institucionais da postulante e norma impugnada.⁵

A Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil compõe-se de pessoas jurídicas que desempenham atividades de serviço de franquia postal (estatuto social, art. 2º). Representa apenas fração da categoria de franquias empresariais (Lei 8.955, de 15 de dezembro de 1994). Não tem, por isso mesmo, legitimidade ativa para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, tem recusado legitimidade para promover ação direta a entidades de classe de âmbito nacional que representem fração de categoria de agentes estatais, como neste precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS ESTADUAIS – ANAMAGES. ENTIDADE QUE REPRESENTA APENAS PARTE OU FRAÇÃO DA CATEGORIA PROFISSIONAL DOS MAGISTRADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. AÇÃO QUE NÃO MERECE SER CONHECIDA. PRECEDENTES. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. As associações que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional por conta de cujo interesse vem a juízo não possuem legitimidade ativa para provocar a fiscalização abstrata de constitucionalidade. Precedentes: ADI 4.372, redator para acórdão Min. LUIZ FUX, Pleno, *DJe* de 26/9/2014;

4 STF. Plenário. Questão de ordem na ADI 108/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 13/4/1992. *DJ*, 5 jun. 1992; *RTJ*, v. 141, p. 3.

5 STF. Plenário. ADI 1.873/MG. Rel.: Min. MARCO AURÉLIO. 2/9/1998. *DJ*, 19 set. 2003.

ADPF 154-AgR, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, *DJe* de 28/11/2014; ADI 3.717-AgR, rel. Min. CEZAR PELUSO, Pleno, *DJe* de 1º/7/2011.

2. *In casu*, à luz do estatuto social da agravante, resta claro que a entidade tem por finalidade representar magistrados estaduais, defendendo seus interesses e prerrogativas. Nota-se, assim, que a entidade congrega apenas fração da categoria profissional dos magistrados, uma vez que não compreende, dentro de seus quadros, os Juízes Federais, por exemplo.

3. É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido da ilegitimidade ativa da ANAMAGES para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ou qualquer outra ação do controle concentrado de constitucionalidade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.⁶

Portanto, a autora não possui legitimidade para ajuizar arguição de descumprimento de preceito fundamental.

2.2 DESCABIMENTO POR INCONSTITUCIONALIDADE REFLEXA

A requerente postula declaração de inconstitucionalidade de portaria do Ministério das Comunicações que altera Norma de Diretrizes para Padronização da Rede de Unidades de Atendimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e veda às agências de correios franqueadas (ACFs) prestar o serviço de franqueamento autorizado de cartas (FAC).

A solução da matéria demanda prévio exame de conjunto de atos normativos legais e infralegais, além de atos administrativos.

A Lei 11.668, de 2 de maio de 2008, dispõe sobre a atividade de franquia postal, à qual compete desempenhar atividades auxilia-

⁶ STF, Plenário. Agravo regimental na ADI 4.006/DF. Rel.: Min. LUIZ FUX, maioria. *DJe* 59, 26 mar. 2015.

res relativas ao serviço postal (art. 1º, § 1º). Contratação de franquias postais pela ECT deve realizar-se por meio de licitação, em conformidade com a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e o critério de julgamento previsto no art. 15, IV, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

Segundo o Decreto 6.639, de 7 de novembro de 2008, que regulamenta a lei mencionada, o desempenho das atividades auxiliares prestadas por agências franqueadas deverá seguir não só as normas daquele ato normativo, mas também as delineadas pelo Ministério da Comunicações, pelos atos normativos da ECT, pelo edital de licitação e pelo contrato de franquia.

A prestação de serviços postais por agências franqueadas submetete-se a conjunto normativo complexo, composto por atos legais, infralegais e administrativos, inclusive edital de licitação e contrato de franquia. Tanto é assim que as informações fornecidas pela ECT mencionam, a título exemplificativo, o Manual de Comercialização e Atendimento (MANCAT), o edital de licitação de 2011, as Leis 11.668/2008, 8.666/1993, 6.538, de 22 de junho de 1978, e o Decreto 6.639/2008.

Ocorre que não cabe em ação de controle concentrado de constitucionalidade apreciar ato normativo infralegal que exija cotejo prévio de normas primárias e secundárias e atos administrativos relativos a licitação e a contrato de franquia. É nessa linha o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Portaria nº 796/2000, do Ministro de Estado da Justiça. Ato de caráter regulamentar. Diversões e espetáculos públicos. Regulamentação do disposto no art. 74 da Lei federal nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ato normativo não autônomo ou secundário. Inadmissibilidade da ação. Inexistência de ofensa constitucional direta. Eventual excesso que se resolve no campo da legalidade. Processo extinto, sem julgamento de mérito. Agravo improvido. Votos vencidos. Precedentes, em especial a ADI nº 392, que teve por objeto a Portaria nº 773, revogada pela Portaria nº 796. Não se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto ato normativo não autônomo ou secundário, que regulamenta disposições de lei.⁷

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO N. 08/2004 EDITADA PELO CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. ILEGALIDADE. NÃO-CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA. Não é cabível a ação direta quando o ato normativo atacado encontra fundamento em texto infraconstitucional.⁸

Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: caso de inconstitucionalidade reflexa. Portaria nº 001-GP1, de 16.1.2004, do Presidente do Tribunal de Justiça de Sergipe, que determina que o pagamento por via bancária dos emolumentos correspondentes aos serviços notariais e de registro – obtidos através do sistema informatizado daquele Tribunal – somente pode ser feito nas agências do Banco do Estado de Sergipe S/A – BANESE. Caso em que a portaria questionada, editada com o propósito de regulamentar o exercício de atividade fiscalizatória prevista em leis federais (L. 8.935/94; L. 10.169/2000) e estadual (L. est. 4.485/2001), retira destas normas seu fundamento de validade e não diretamente da Constituição. Tem-se inconstitucionalidade reflexa – a cuja verificação não se presta a ação direta – quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver vio-

7 STF. Plenário. AgR na ADI 2.398/DF. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 25/6/2007, maioria. *DJe* 92, 31 ago. 2007.

8 STF. Plenário. ADI 3.376/RJ. Rel.: Min. EROS GRAU. 16/6/2005, un. *DJ*, 23 jun. 2006, p. 3.

lado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição.⁹

Em consequência, não há viabilidade para conhecimento da postulação.

2.3. DESCABIMENTO DE ADPF PARA SITUAÇÃO CONCRETA

Arguição de descumprimento de preceito fundamental é ação constitucional vocacionada a preservar a integridade da Constituição da República, à falta de outro meio eficaz para salvaguarda, em face de atos do poder público lesivos a preceitos fundamentais. Ato jurídico, para fins de cabimento de ADPF, não precisa ostentar natureza normativa; basta que emane do poder público e seja apto a lesar núcleo de princípios e regras revestidos de essencialidade para manutenção da ordem constitucional, a serem avaliados nas circunstâncias. Segundo o Ministro CELSO DE MELLO:

O controle normativo de constitucionalidade qualifica-se como típico processo de caráter objetivo, vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional. A instauração desse processo objetivo tem por função instrumental viabilizar o julgamento da validade abstrata do ato estatal em face da Constituição da República. O exame de relações jurídicas concretas e individuais constitui matéria juridicamente estranha ao domínio do processo de controle concentrado de constitucionalidade.

Tutela jurisdicional de situações individuais, uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional, há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade. Este, supondo caso con-

⁹ STF, Plenário. ADI 3.132/SE. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE. 15/2/2006, maioria. *DJ*, 9/6/2006, p. 4.

creto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de interesse e legitimidade.¹⁰

A despeito de afirmada violação ao monopólio da União para prestar serviço postal e aos princípios licitatório, da igualdade e da legalidade, da Constituição da República, esta demanda envolve aplicação prática de contratos celebrados entre a ECT e pessoas jurídicas de direito privado, para prestação de serviço de franqueamento autorizado de cartas. De acordo com a requerente, algumas empresas estariam elaborando contratos abrangentes (que chamou de “guarda-chuva”), por meio dos quais uma delas “abrigoaria”, sob seu contrato com a arguida ECT, vários subcontratos, os quais, somados, alcançam o volume médio mensal necessário para obtenção do desconto.

Trata-se de situações concretas, individuais, que exigem instrução probatória e análise de atos infralegais, o que é incompatível com a natureza da ADPE.

2.4. DESATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

A petição inicial não atende o requisito da subsidiariedade, segundo o qual “não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade” (Lei 9.882/1999, art. 4º, § 1º).

10 STE QO na MC na ADI 2.551/MG. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 2/4/2003, maioria. DJ, 20 abr. 2006.

Consoante UADI LAMMÊGO BULOS, “ADPF não substitui o agravo regimental, a reclamação, os recursos ordinários e extraordinários, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança individual e coletivo, o mandado de injunção, a ação popular e a ação civil pública. Também não pode ser ajuizada no lugar da ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, da ação interventiva ou da ação declaratória”. É certo que essa interpretação do princípio da subsidiariedade, destaca o doutrinador, não pode ser aplicada de modo a torná-lo “camisa de força” da arguição de descumprimento.¹¹

O Supremo Tribunal Federal possui entendimento pacífico afirmando descabimento de ADPF quando houver outro instrumento processual hábil a sanar a lesividade:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Agravo regimental. 2. Visa a ação desconstituir ato do Governador do Estado do Ceará que, concordando com a conclusão a que chegou a Comissão Processante da Procuradoria de Processo Administrativo-Disciplinar – PROPAD, da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, nos autos do Processo Administrativo-Disciplinar nº 270/97, determinou a lavratura de ato de demissão de policial civil. 3. Negado seguimento por despacho, ao fundamento de que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade”, nos termos da Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º. 4. Agravo regimental em que se defende a inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade que aponta. Aduz suspeição do TJCE. 5. Os vícios do processo disciplinar e a nulidade do ato de demissão estão sendo objeto de ação ordinária em curso na Justiça local cearense, ajuizada com pedido de antecipação de tutela, já deferida. 6. Se ainda não ocorreu o cumprimento da decisão judicial de primeiro grau, não seria a medida ju-

11 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322-323.

dicial ora ajuizada no STF a via adequada a assegurar a imediata execução do *decisum*. Incabível discutir a alegada parcialidade da Corte de Justiça do Ceará para processar e julgar as medidas judiciais requeridas. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.¹²

PODER DE CAUTELA – JUDICIÁRIO. Além de resultar da cláusula de acesso para evitar lesão a direito – parte final do inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal –, o poder de cautela, mediante o implemento de liminar, é ínsito ao Judiciário. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – SUBSIDIARIEDADE. Ante a natureza excepcional da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o cabimento pressupõe a inexistência de outro meio judicial para afastar lesão decorrente de ato do Poder Público – gênero. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – LIMINAR – INSUBSISTÊNCIA. Uma vez assentada a inadequação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, fica prejudicado o exame da medida acauteladora deferida.¹³

No julgamento de agravo regimental na ADPF 237, o Ministro CELSO DE MELLO observou que “o ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir – impedindo,

12 STF. Plenário. AgR na ADPF 18/CE. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. 22/4/2002, un., DJ, 14 jun. 2002.

13 STF. Plenário. Referendo de MC na ADPF 172/RJ, Rel.: Min. MARCO AURÉLIO, 10/6/2009, DJ eletrônico 157, 20 ago. 2009.

desse modo, o acesso imediato à arguição de descumprimento de preceito fundamental – revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse *writ* constitucional”.¹⁴

Conforme destacam os tópicos anteriores, a controvérsia de-manda realização de instrução probatória e análise de complexo normativo formado por atos legais e infralegais e de atos administrativos relativos a edital de licitação e contratos administrativos, de maneira que sua solução deve dar-se por ação própria de demandas individuais ou plúrimas.

Por não satisfazer o princípio da subsidiariedade, ante a existência de mecanismos processuais plenamente aptos a sanar, de modo eficaz, a alegada lesividade à Constituição, a arguição de descumprimento não deve ser conhecida.

3. DISCUSSÃO

A Constituição da República reserva à União competência para manter serviço postal (art. 21, X) e legislar a esse respeito (art. 22, V). Trata-se de serviço público a ser prestado exclusivamente pelo estado, em regime de privilégio, de forma a assegurar distribuição de correspondência em todo o território nacional, preservar privacidade e sigilo e garantir integração nacional.

No exercício de sua competência, a União conferiu à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública

14 STF AgR na ADPF 237/SC. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 28 maio 2014, un. *DJe* 213, 30 out. 2014.

vinculada ao Ministério das Comunicações, a prestação dos serviços postais (Decreto-lei 509, de 20 de março de 1969), em regime de privilégio, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental 46/DF:

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 ser-

viços 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. Arguição 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.¹⁵

Sem prejuízo do regime de exclusividade a que é submetido o serviço postal, a Lei 6.538, de 22 de junho de 1978, autoriza à ECT celebrar convênios e contratos a fim de assegurar a prestação das atividades postais (art. 2º, § 3º).¹⁶

15 STF. Plenário. ADPF 46/DF. Redator para acórdão: Min. EROS GRAU. 5/8/2009, maioria. *DJe* 35, 25 fev. 2010.

16 “Art. 2º [...] § 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”.

Nesse contexto se inserem as agências de correios franqueadas (AGFs), às quais é autorizado desempenho de atividades auxiliares relativas ao serviço postal, com objetivo de melhorar o atendimento à população, expandir a rede de agências dos Correios, proporcionar maior comodidade aos usuários e democratizar o acesso à atividade de franqueado postal.

A prestação de serviços auxiliares é disciplinada pela Lei 11.668, de 2 de maio de 2008, e regulamentada pelo Decreto 6.639, de 7 de novembro de 2008. As agências franqueadas, pessoas jurídicas de direito privado, são contratadas por meio de procedimento licitatório regulado pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, em que se utiliza o critério de melhor proposta técnica, com preço fixado no edital (Lei 11.668/2008, art. 3º).

O regime normativo das agências franqueadas compõe-se não só das leis sobre serviço postal, mas também pelas Leis 8.666/1993, 8.955/1994 e 10.406/2002, pelas normas do Ministério das Comunicações, por atos administrativos normativos da ECT, pelos editais de licitação e pelos contratos de franquia (Decreto 6.639/2008, art. 2º, §§ 4º e 5º). Entre essas normas, encontra-se a Portaria 3.894, de 18 de dezembro de 2014, do Ministério das Comunicações, que assim dispõe:

Art. 1º O item 3.6 da Norma de Diretrizes para a Padronização da Rede de Unidades de Atendimento da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, aprovada pela Portaria MC nº 384, de 2 de setembro de 2011, passa a vigorar com a seguinte redação:

“3.6. Respeitadas a legislação específica, as disposições contratuais e as orientações normativas da ECT, deverá ser vedado às AGF executar atividades relativas aos produtos e serviços postais previstos no art. 9º da Lei nº 6.538, de 1978, contratadas por instrumento próprio celebrado pela ECT com seus clientes, cujas características de volume ou quantidade estejam definidas nas normas internas da ECT como de atacado.”

O dispositivo veda às agências de correios franqueadas a prestação de serviços postais considerados de atacado pelas normas internas da ECT, de acordo com volume ou quantidade. Segundo as informações prestadas pela ECT, as AGFs atuam em serviço postal de varejo (peça 22):

Assim, a Agência de Correios Franqueadas – AGF é a unidade de atendimento terceirizada, que realiza atividades auxiliares, operada mediante contrato de franquia postal, por pessoa jurídica de direito privado selecionada em procedimento de licitação específico, destinada à prestação de serviços e à venda de produtos comercializados pela ECT.

O modelo de franquia postal foi desenvolvido com base em duas premissas:

- a) Tornar a agência terceirizada viável sob o ponto de vista econômico-financeiro; e
- b) Não remunerar a agência terceirizada mais do que os custos de uma agência própria, no que se refere às atividades de atendimento.

Ou seja, as Agências de Correios Franqueadas desenvolvem, em grande parte, atividades semelhantes às agências próprias dos Correios no que concerne ao auxílio ao serviço postal. Verifica-se que as Agências de Correios Franqueadas, tal como as agências próprias, fazem a captação das postagens de balcão dos clientes no varejo.

O franqueamento autorizado de cartas – FAC é prestado diretamente pelos Correios, por meio de contratos com pessoas jurí-

dicas que demandem postagem de grandes volumes de cartas simples e registradas, mediante franqueamento prévio. De acordo com a ECT, esse serviço não é prestado por agência, terceirizada ou franqueada, pois “o plano de triagem exigido dos clientes do serviço de FAC, quando a postagem ocorre diretamente na unidade operacional, é infinitamente maior (em diversos casos com mais de 1500 direções), o que possibilita a redução de custos e ganhos operacionais imensuráveis para a ECT”. Além disso, assevera que as postagens são feitas em unidades operacionais dos Correios, de modo a reduzir os custos de atendimento.

Em exame preliminar, não se verifica violação aos princípios licitatório, da legalidade, da igualdade e do monopólio do serviço postal. Franqueamento autorizado de cartas não implica transferência da prestação do serviço postal a particulares. A postagem continua a ser desempenhada pela ECT, com auxílio das pessoas jurídicas interessadas. Conforme esclarecem as informações, “a ECT não remunera ou paga qualquer tipo de comissionamento para que essas empresas utilizem o serviço de FAC, pelo contrário, essas empresas são responsáveis por adequar suas postagens aos requisitos do serviço, pagam pelo serviço e assumem o risco pelo faturamento mínimo mensal de 10.000 objetos” (peça 22).

Hipotética declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da Portaria 3.894/2014 não necessariamente resultaria na possibilidade de agências de correios franqueadas prestar o serviço de FAC. Essa consequência encontra limite no regime jurídico dos contra-

tos administrativos, em que se destacam os princípios administrativos da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público sobre o privado, da vinculação ao instrumento convocatório e do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

O art. 3º da Lei 8.666/1993 fixa, como um dos princípios do procedimento licitatório, a vinculação ao instrumento convocatório. Seu art. 41 determina que a “Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (§ 1º). O preceito aplica-se também aos licitantes, de sorte que a lei confere prazo para que contestem as cláusulas do edital. Admitir que ACFs prestem serviços de FAC significa incluir atividade não prevista no procedimento licitatório e no contrato administrativo, em contrariedade aos arts. 37, XXI, e 175, *caput*, ambos da Constituição da República.

Outra consequência possível seria o desequilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos celebrados com AGFs, porquanto a contratação de novo serviço geraria mais custos para a empresa pública, o que poderia até inviabilizar a prestação do serviço (peça 22):

O serviço de FAC oferece custos mais baixos do que as postagens no varejo em razão do grande volume de postagens, bem como porque eliminam-se os custos do atendimento em agência, própria ou franqueada.

Portanto, admitir a possibilidade de agências franqueadas realizarem o serviço de FAC iria em sentido oposto às finalida-

des das agências e do próprio serviço de FAC, inviabilizando-o.

Descabe ao Poder Judiciário, ainda que por via de declaração de inconstitucionalidade, alterar o regime jurídico das AGFs, sob pena de atuar como legislador positivo e administrador e, dessa forma, transgredir o postulado da divisão funcional de poder (CR, art. 2º).

Pelas razões expostas, não se configura pressuposto cautelar de sinal de bom direito.

Tampouco está presente perigo na demora processual (*periculum in mora*). De acordo com a requerente, urgência se configuraria pelo fato de que o franqueamento autorizado de cartas trazer prejuízos à própria ECT, à rede de franqueados postais e aos cidadãos, prejudicados em face da quebra do conceito de “benefício cruzado”. Em que pese à alegação de urgência, não apresentou subsídios e dados demonstrativos de tais prejuízos. Não sendo evidente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, que poderia dispensar demonstração mais definida do *periculum in mora*, deixou a requerente de cumprir um dos requisitos legais para obter medida cautelar.

A ECT asseverou que o FAC permite prestação de serviço postal por atacado a custos reduzidos e que garante cerca de 30% de seu faturamento anual. Esses dados mostram que, na verdade, há perigo de dano inverso no deferimento de medida cautelar.

4. CONCLUSÃO

Ante o exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, caso ultrapassado esse obstáculo, por indeferimento de medida cautelar.

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016.

José Bonifácio Borges de Andrada
Procurador-Geral da República em exercício

JBBA/WCS/CCC-Par.PGR/WS/2.264/2016