

MANDADO DE SEGURANÇA 34.939 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
IMPTE.(S) : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E
TELÉGRAFOS - ECT
ADV.(A/S) : DANIEL KOBAYASHI DE PINHO E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), contra acórdão do Tribunal de Contas da União, que consignou a ilegalidade da contratação direta da impetrante, pela Administração Pública, para prestação de serviços de logística, dispensando-se a licitação.

A impetrante alega que os atos coatores (Acórdão 1.800/2016 – TCU – Plenário, complementado pelo Acórdão 213/2017 – TCU – Plenário) foram proferidos no âmbito de Consulta realizada pelo Senador Otto Alencar, Presidente da Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, acerca da legalidade da contratação direta da ECT para prestação de serviços de logística com dispensa de licitação.

Inicialmente, sustenta a ilegalidade do ato coator, uma vez que teria sido proferido no âmbito de Consulta realizada em face de fato concreto, hipótese vedada pelo § 2º do art. 1 da Lei 8.443/1992, segundo o qual “A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

A esse propósito afirma o seguinte:

“Ora, o ato coator estabeleceu uma orientação a ser seguida pela Administração Pública, constituindo, na prática, decisão com eficácia apta a impedir a renovação dos contratos vigentes e inviabilizar contratações que estavam em andamento, como a que seria realizada pelo Ministério da Saúde para a distribuição de medicamentos.

Sob tal perspectiva, a orientação firmada pelo e. TCU mostrou-se, de fato, como julgamento de fatos e casos concretos, em sentido contrário ao que estabelece o §2.º do art. 1º, da Lei 8.443/1992”. (eDOC 1, p. 5)

Aduz que, caso superada a referida preliminar, deve ser conhecido o presente mandado de segurança, pois, não obstante a decisão sobre consulta ter caráter normativo, o seu resultado consubstanciou ato de efeito concreto, que fere direito líquido e certo da impetrante.

No mérito, afirma que o art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 prevê a possibilidade de dispensa de licitação *“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”*.

Alega ainda que os serviços de logística, apesar de apenas descritos formalmente como atividade da ECT a partir da edição da Lei 12.490/2011, há muito já eram realizados pela empresa. Cita que os primeiros contratos dessa natureza dataram de 1986 com a distribuição, pela ECT, de livros didáticos para a Fundação de Assistência ao Estudante (atual FNDE).

Complementando, afirma que o § 2º da Lei 6.538/78 (recepcionado pela CF nos termos da ADPF 46) estipula compreender-se no objeto da empresa exploradora dos serviços postais o exercício de atividades afins autorizadas pelo Ministério das Comunicações. Assinala também que o referido Ministério editou a Portaria 500/2004, prevendo que o serviço de logística é afim ao serviço postal.

Dessa forma, assevera que é plenamente lícito que pessoa jurídica de direito público possa dispensar licitação para contratar serviços de logística da ECT, uma vez que criada para a execução de serviços postais e atividades afins.

Por fim, afirma que não se sustenta o argumento da autoridade coatora de que não se pode dispensar a licitação para a contratação de serviços que representem atividade econômica em sentido estrito, haja

vista que não previsto expressamente pela Lei 8.666/90.

Requer então a concessão de tutela de urgência para que seja suspensa a eficácia do ato coator. No mérito, pede a confirmação da liminar para que seja anulado o Acórdão 1.800/2016-TCU-Plenário, integrado pelo Acórdão 213/2017-TCU-Plenário.

A autoridade coatora apresentou suas informações aduzindo, preliminarmente: a) carência da ação, ao argumento de que o *writ* teria sido impetrado contra deliberação de caráter geral e abstrato; b) ausência de interesse de agir, pois a eventual concessão da ordem não garantiria a contratação direta da ECT; e c) ilegitimidade ativa da impetrante, uma vez que estaria defendendo direito de terceiros (administradores públicos). No mérito, defende a legalidade e legitimidade do acórdão impugnado (eDOC 38).

O pedido liminar foi indeferido (eDOC 42). Inconformada, a impetrante interpôs agravo regimental (eDOC 46).

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:

“Mandado de segurança. ECT. Serviços de logística. Possibilidade de contratação direta, com dispensa de licitação, nos termos do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93. Pela concessão da ordem”.

A impetrante peticionou (eDOC 54) reiterando o pedido de tutela de urgência, ao argumento de que, recentemente, diversas negociações com órgãos públicos foram frustradas em decorrência do Acórdão 1.800/2016 do TCU, totalizando a perda da oportunidade de contratação em um valor estimado de mais de 205 milhões (R\$ 205.480.856,65).

Em 5.9.2018, a ECT peticionou novamente (eDOC 57) juntando o inteiro teor do Parecer 00101/2017/DECOR/CGU/AGU, de autoria da Advocacia-Geral da União, que corroboraria as razões invocadas no sentido de que subsiste o *“entendimento jurídico firmando no Parecer AGU/CGU/JCBM/0019/2011, que com fulcro na decisão da ADPF 46, autorizou a contratação direta da ECT por dispensa de licitação fundamentada no art. 24,*

VIII, da Lei n. 8.666/93 para prestação de serviços que não sejam objeto exclusivo da estatal”.

É o relatório.

Decido.

Extrai-se dos autos que a Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal aprovou requerimento da autoria de seu Presidente, Senador Otto Alencar, para solicitar informações ao Tribunal de Contas da União sobre a legalidade da contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a prestação de serviços de logística, com dispensa de licitação baseada no art. 24, VIII, da Lei 8.666/93 (eDOC 23, p. 1-2).

Em resposta à consulta formulada, a Corte de Contas prolatou o Acórdão 1.800/2016-Pleno, concluindo, por maioria, que *“a contratação direta da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para prestação de serviços de logística, mediante dispensa de licitação com suposto esteio no art. 24, VIII, da Lei 8.666/1993, não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, tampouco na jurisprudência desta Corte, em especial o Acórdão 6.931/2009-TCU-1ª Câmara”*. (eDOC 24, p. 2)

A União e a ECT opuseram embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo TCU, nos termos do Acórdão 213/2017 – Plenário. Na ocasião, a Corte de Contas informou às recorrentes que, *“nos termos da jurisprudência do TCU, cada ato de prorrogação equivale a uma renovação contratual, motivo pelo qual a decisão pela prorrogação de uma contratação direta deve ser devidamente planejada e motivada, principalmente mediante a indicação da hipótese legal ensejadora da dispensa ou inexigibilidade de licitação, válida no momento do ato de prorrogação contratual”*. (eDOC 24, p. 72)

Os acórdãos ora atacados assentaram-se, em síntese, em duas premissas básicas para afastar a aplicação do art. 24, VIII, da Lei 8.666/93: a) a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não foi criada para atender a demandas de logística da Administração e b) a dispensa de licitação para prestação dos serviços de logística integrada pelos Correios viola o princípio da livre concorrência, por classificarem-se como atividade econômica em sentido estrito.

O referido dispositivo legal assim determina:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

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”.

Como se verifica, a contratação direta fundamentada no citado dispositivo deve atender aos seguintes pressupostos: 1) o contratante ser pessoa jurídica de direito público interno; 2) o contratado integrar a Administração Pública; 3) o contratado ter sido criado com a finalidade específica de prestar o serviço objeto do contrato; 4) a criação da entidade contratada ter ocorrido antes do advento da Lei 8.666/1993; e 5) o preço contratado ser compatível com o praticado no mercado.

Inicialmente, cumpre destacar que esta Corte, ao apreciar a ADPF 46 e os RE-RG 601.392 e 627.051, paradigmas da repercussão geral, assentou a natureza peculiar dos serviços prestados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Consignou que tanto aqueles prestados em regime de privilégio quanto em concorrência com particulares são dotados de regime especial.

Confira-se a ementa do referido julgado:

“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”. (ADPF 46, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para acórdão Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe 26.2.2010)

“Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 3. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade. Precedentes. 4. **Exercício simultâneo de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com a iniciativa privada. Irrelevância. Existência de peculiaridades no serviço postal.** Incidência da imunidade prevista no art. 150, VI, ‘a’, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido”. (RE 601.392, Rel. Min. Joaquim Barbosa, no qual fui designado redator para acórdão, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe 5.6.2013)

“Recurso extraordinário com repercussão geral. Imunidade recíproca. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Peculiaridades do Serviço Postal. Exercício de atividades em regime de exclusividade e em concorrência com particulares. Irrelevância. ICMS. **Transporte de encomendas. Indissociabilidade do serviço postal.** Incidência da Imunidade do art. 150, VI, a da Constituição. Condição de sujeito passivo de obrigação acessória. Legalidade. 1. Distinção, para fins de tratamento normativo, entre empresas públicas prestadoras de serviço público e empresas públicas exploradoras de atividade econômica. 2. As conclusões da ADPF 46 foram no sentido de se

reconhecer a natureza pública dos serviços postais, destacando-se que tais serviços são exercidos em regime de exclusividade pela ECT. 3. Nos autos do RE nº 601.392/PR, Relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes , ficou assentado que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, CF, deve ser reconhecida à ECT, mesmo quando relacionada às atividades em que a empresa não age em regime de monopólio. 4. **O transporte de encomendas está inserido no rol das atividades desempenhadas pela ECT, que deve cumprir o encargo de alcançar todos os lugares do Brasil, não importa o quão pequenos ou subdesenvolvidos.** 5. Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui conditio sine qua non para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos. 6. A imunidade tributária não autoriza a exoneração de cumprimento das obrigações acessórias. A condição de sujeito passivo de obrigação acessória dependerá única e exclusivamente de previsão na legislação tributária. 7. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento, reconhecendo a imunidade da ECT relativamente ao ICMS que seria devido no transporte de encomendas”. (RE 627.051, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe 11.2.2015)

A Lei 6.538/78 conceituou serviço postal como “o recebimento, expedição, transporte e entrega de objeto de correspondência, valores e encomendas” (art. 7º). Por sua vez, também assentou, expressamente, que se inclui no objeto da empresa exploradora desses serviços o exercício de outras atividades afins, autorizadas pelo Ministério da Comunicações (art. 2º).

Cumprе esclarecer que nem todos os serviços postais são prestados em regime de monopólio pela União. O artigo 9º da Lei 6.538/78 elenca quais atividades postais deverão ser prestadas sob o citado regime, *in verbis*:

“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”.

Em 2004, o Ministério das Comunicações editou a Portaria 500, que instituiu o “*Serviço de Logística Integrada a ser prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*”, classificando-o como atividade afim ao serviço postal, a saber:

“Art. 2º O Serviço de Logística Postal Integrada, atividade afim aos serviços postais, caracteriza-se pelo atendimento integrado, parcial ou total, das necessidades logísticas dos usuários, referentes à remessa de bens e documentos pela via postal, incluindo suas fases anteriores e posteriores, compreendendo, entre outras, as seguintes atividades:

I – recebimento de pedidos, coleta, tratamento manuseio, armazenagem, postagem, transporte de transferência e de distribuição e entrega de bens e documentos, de forma fracionada ou consolidada, sem limite de peso;

II – serviço de informação, por meio de sistema de comunicação, de processamento de dados e de controle; e

III – serviços financeiros postais”.

Em 2011, foi editada a Lei 12.490, que acrescentou alguns dispositivos ao Decreto-Lei 509/1969, diploma criador da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. No que interessa ao caso dos autos, classificou-se o serviço de logística integrada como serviço postal, a saber:

“Art. 2º - À ECT compete:

(...)

III – explorar os seguintes serviços postais:

a) logística integrada; (...).”

Assim, conclui-se que o serviço de logística, apesar de tratar-se de atividade não exclusiva dos Correios, prestado em regime de concorrência com particulares, deve ser entendido, ao menos, como serviço afim ao serviço postal, o que justifica a aplicação de um regime diferenciado.

Acrescente-se a isso o fato de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos foi criada no ano de 1969 e, apesar de, à época, não constarem, expressamente, em suas atividades, os serviços de logística, constam dos autos documentos que demonstram que há muito já prestava tais serviços, inclusive desde antes da edição da Lei 8.666/93.

Corroborando tal entendimento, cito ensinamento de Jacoby Fernandes, *in* “Contratação Direta sem Licitação”, p. 368, 2014:

“Em alguns casos, entidades criadas para a realização de serviço ou produção em caráter de monopólio(...) tendem a expandir seu objeto e concorrer com a iniciativa privada. Seria o caso de os Correios confeccionarem os envelopes de uma loja, um empresa de saneamento dedicar-se à construção e reparos em esgotos internos de residências, ou de uma empresa de fornecimento de água realizar construção de reservatórios de água e encanamento interno em propriedades privadas, conservação de piscina etc.

Nesse aspecto, para avaliar a possibilidade de contratação direta, volta-se aos parâmetros definidos anteriormente: se, na criação dos órgãos, a prestação dos serviços ou a produção dos bens, mesmo fora do âmbito do monopólio, para a Administração Pública, constitui finalidade específica da entidade criada, não há óbice à sua contratação direta, com supedâneo nesse inciso VIII”.

Dessa forma, parece-me que a ECT preenche todos os requisitos legais necessários à possibilidade de sua contratação direta, haja vista integrar a Administração Pública, ter sido criada em data anterior à edição da Lei 8.666/93 para a prestação de serviços postais, entre os quais entendo que se incluem os serviços de logística integrada.

No que tange ao último requisito, referente à necessidade de que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, deve ser analisado pela Administração-contratante caso a caso.

Ademais, cumpre registrar que a permissão legal para dispensa da licitação não acarreta um dever para Administração em dispensá-la. Cabe a ela realizar o juízo de valor e decidir acerca da realização ou não da licitação.

Nesse sentido, cito trecho do parecer proferido pelo Subprocurador-Geral da República, Paulo Gustavo Gonet Branco:

“Por outro lado, a finalidade do inciso VIII do art. 24 da Lei 8.666/93 está em facultar à Administração Pública realizar a licitação ou dispensá-la em razão da existência de entidade descentralizada – criada antes de 1993 - capaz de atender à demanda com preços justos e eficiência. Nesse contexto, a eventual caracterização da atividade como econômica em sentido estrito não é, por si, óbice à dispensa.

Como ressaltou a impetrante, o próprio Tribunal de Contas da União, em recente julgado, entendeu que tais atividades [econômicas em sentido estrito, prestadas em regime concorrencial] podem ser objeto de dispensa de licitação com fundamento no inciso VIII, do art. 24 da Lei 8.666/93 (fl 20).

Assim, a contratação direta da ECT, embasada no referido dispositivo, é viável, desde que comprovado o requisito da compatibilidade de preços com aqueles praticados pelas demais empresas operantes no mercado”. (eDOC 53, p. 4)

Ante o exposto, concedo a segurança para cassar o Acórdão 1.800/2016-TCU-Plenário, integrado pelo Acórdão 213/2017-TCU-

MS 34939 / DF

Plenário, prejudicado o agravo regimental interposto contra a decisão liminar.

Publique-se.

Brasília, 11 de setembro de 2018.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente