

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO

INTERESSADA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EBCT

PREGÃO 20/2016

PROCESSO: 197.001.080/2016

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de motoboy visando à coleta, transporte e entrega de documentos e de pequenas encomendas, diariamente, para todo o Distrito Federal, disponibilizando estrutura própria, de forma a atender as necessidades da ADASA

1. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Em breve síntese, a EBCT alega que o objeto do Pregão 20/2016 contempla o exercício de atividades que foram constitucional e legalmente delegadas aos Correios, na qualidade de empresa pública federal, em regime de monopólio, consoante art. 21, X da CF/88 e Lei 6.538/78.

2. ANÁLISE

2.1 Do monopólio dos serviços postais

O serviço postal deve ser exercido pela União (art. 21, X). Para tanto, a Lei 6.538/78 previu a criação de empresa pública federal, vinculada ao Governo Federal, para o exercício do mister. No caso, trata-se da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, cuja criação encontram-se discriminada no Decreto-Lei nº 509/69.

A citada Lei federal elencou, em seus art. 7º, 8º e 9º, uma série de atividades que estariam contempladas dentro do objeto “serviço postal”, todas sujeitas ao regime monopolista. O art. 47 traz as definições de cada um dos serviços listados anteriormente. Da análise dos preceptivos, podemos concluir que o monopólio da atividade postal abrange praticamente qualquer serviço de entrega de cartas ou correspondências. Finalmente, o art. 42 da norma, diz haver violação do monopólio quando ocorrer *coleta, transporte, transmissão ou distribuição*,

sem observância das condições legais, de objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

A interpretação das normas da Lei 6538 sempre gerou divergências pretorianas, o que culminou no ajuizamento de ação objetiva, perante o STF, a fim de se verificar a recepção da Lei pela Constituição, bem como para dirimir as polêmicas sobre seu alcance.

Em sede de julgamento **da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 46** o STF deu interpretação conforme ao artigo 42 para **restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º** do referido diploma legal, no sentido de que **"a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, não abarcando a distribuição de boletos (boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos"**.

O Supremo Tribunal definiu os limites do monopólio, que abarca correspondências e cartas em geral, mas deixa de fora boletos de cobrança de serviços públicos, entrega de periódicos, livros, impressos e encomendas.

Dentre as exceções ao monopólio, é bom ressaltar que constam apenas os boletos de cobrança referentes a serviços públicos e a impostos. Tanto é assim que o mesmo STF, no julgamento do **AI850632 AgR (2013)** afirmou que uma Associação Recreativa privada não poderia contratar motoboys para a entrega de boleto de mensalidades aos seus associados:

"A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ECT possui exclusividade para a prestação do serviço postal (inclusive para a distribuição de boletos), porquanto seja serviço público, prestado em regime de monopólio. Ademais, o artigo 47 da Lei 6.538/78 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, excepcionando-se do conceito de serviço postal tão somente as encomendas e impressos. (ADPF 46). 2. Na hipótese dos autos, os documentos acostados não se enquadram na exceção prevista no artigo 9º, § 2º, da Lei 6.538/78, devendo, portanto, se submeter ao monopólio estatal"

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região encampa os precedentes do STF, e já admitiu que a entrega de carnês do IPTU está excluída do monopólio (**AC 0000199-19.2013.4.01.3810 / MG**), assim como também estaria excluída a entrega, por motoboys, de boletos de cobrança pelos serviços de água e esgoto (**AC 0008823-32.2014.4.01.3807 / MG**)

O TRF da 5ª Região manteve a exceção ao monopólio restrita às entregas de boletos de serviços públicos/tributos ao afirmar que uma empresa privada de plano de saúde não poderia contratar serviços de motoboy para entrega de boletos de cobrança:

*"A contratação de pessoa física ou jurídica pela Unimed para efetuar a entrega mensal de boletos de pagamento dos usuários dos planos de saúde fere o art. 9º, I, da Lei n.º 6.538/78, uma vez que tais atividades se enquadram perfeitamente no conceito legal de carta. 3. Apelação improvida." (TRF 5ª Região - **AC 2005.83.00.009296-2/PE** - 1ª Turma - Relator Federal Francisco Wildo - DJ 14.02.2007)*

O TRF1 corroborou esse posicionamento na recente **AC 0031052-05.2012.4.01.3500/GO**, de agosto de 2016.

Enfim, analisando a Lei 6.538 à luz da jurisprudência – especialmente da ADPF46 e do AI850632/AgR – podemos concluir que a entrega de cartas e correspondências em geral, inclusive boletos de cobrança, inclui-se no âmbito do monopólio dos correios, estando de fora, apenas, a entrega de boleto de cobrança pela prestação de serviços públicos, boleto de cobrança de tributos, bem como a entrega de jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos.

2.2 Do objeto do Pregão 20/2016

Inicialmente, é bom lembrar que o mesmo tema tratado nesta impugnação foi objeto de prévio questionamento, pela própria Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Em consulta à área técnica que elaborou o termo de referência, o pregoeiro foi informado de que a ADASA já possui contrato vigente com a EBCT (Contrato 04/2016, Processo 197.000.014/2016). Foi informado, ainda, que o Pregão 20 teria como escopo a entrega de documentos de forma suplementar ao contrato vigente com os Correios. Inclusive, o próprio pregoeiro respondeu a questionamento da EBCT, com fundamento nas informações fornecidas pela Superintendência de Administração e Finanças. Vejamos:

“No entanto, algumas entregas vinham sendo rotineiramente devolvidas por motivos como: “ausente, não procurado, endereço incompleto...” impossibilitando o andamento dos processos, e, conseqüentemente o atingimento dos objetivos dos trabalhos da Agência. A necessidade da administração, portanto, não estava sendo atendida a contento.

As devoluções de correspondências ocorreram em localidades por vezes não abrangidas pelos serviços da EBCT ou mesmo pelos endereços serem de chácaras onde os proprietários não se encontram presentes todo o tempo, não sendo, portanto, encontrados pelo funcionário dos correios.

Por isso optou-se por contratar os serviços objeto do Pregão, uma vez que a atuação de motomensageiros, mostra-se diferenciada e suplementar ao trabalho realizado pelos correios, permitindo o retorno por diversas vezes nos locais, até que se encontre pessoa apta a receber os documentos.”

Ao que parece, a contratação em tela não conflitaria com as atribuições dos Correios, porquanto subsistiriam dois contratos, o contrato 04/2016, firmado com os Correios, e o contrato fruto do Pregão 20, que seria subsidiário, naquilo que não fosse monopolizado pela EBCT.

Nada obstante, a análise da presente impugnação não deve ser feita “em tese”, mas sim frente ao caso concreto, com especial atenção ao objeto que foi descrito no edital e no termo de referência, cuja transcrição faz-se necessária:

Edital:

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de motoboy visando à coleta, transporte e entrega de documentos e de pequenas encomendas, diariamente, para todo o Distrito Federal, disponibilizando estrutura própria, de forma a atender as necessidades da ADASA.

Termo de Referência:

01. INTRODUÇÃO:

Este Termo de Referência estabelece as normas específicas para a contratação, por licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, em regime de Preço Global, do tipo Menor Preço, de empresa especializada na prestação de serviços de motoboy visando à coleta, transporte e entrega de documentos e de pequenas encomendas, diariamente, para todo o Distrito Federal, disponibilizando estrutura própria, de forma a atender as necessidades da ADASA

Esta licitação reger-se-á pelas disposições da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada.

02. DA JUSTIFICATIVA

Atualmente, verifica-se uma tendência da Administração Pública em reconhecer a importância da realização daquelas atividades por empresas especializadas, pois com isso, desincumbem servidores, dirigentes e autoridades do Estado de atribuições que, apesar de relevantes, podem ser desenvolvidas perfeitamente por intermédio de prestação de serviços terceirizados.

A demanda por esses serviços ocorre em razão desta Agência não possuir, em seu quadro funcional, recursos humanos para exercer as funções de motoboy, bem como, também, não possuir motocicletas para tal mister, é necessário a contratação de empresa especializada para a entrega, motorizada, de documentos e pequenos pacotes em todo o Distrito Federal, para o bom andamento de suas atividades.

03. DO OBJETO

Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de motoboy visando à coleta, transporte e entrega de documentos e de pequenas encomendas, diariamente, para todo o Distrito Federal, disponibilizando estrutura própria, de forma a atender as necessidades da ADASA.

Percebe-se que o objeto não limita a atuação dos motoboys às exceções de monopólio dos Correios, o que nos permite pensar que os serviços contratados poderiam, em algum momento, extrapolar o envio de boletos de serviços/tributos, panfletos, periódicos, jornais e encomendas.

Caso ocorra uma hipótese como essa, o contrato poderia ter sua nulidade decretada. Em situações similares, foi nesse sentido que o Tribunal Regional Federal decidiu, ainda em 2016:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MANDADO DE SEGURANÇA. MONOPÓLIO POSTAL. SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE E ENTREGA DE DOCUMENTOS. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. ANULAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Constituição Federal de 1988 atribuiu à União, com exclusividade, manter o serviço postal, cuja execução foi delegada à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

2. No caso dos autos, o objeto do pregão revela nítida feição de serviço postal, que por expressa imposição legal (art. 21, X CF/88 c/c Lei 6.538/78), só pode ser exercido pela União. Sendo assim, a declaração de nulidade do Pregão Eletrônico nº 004/2013 da Agência de Regulação e Controle de Serviços Públicos do Estado do Pará - ARCON/PA - era medida que se impunha.” **(REOMS 0025312-93.2013.4.01.3900 / PA)**

Na seara administrativa, a Advocacia Geral da União reconhece em sua Orientação Normativa no. 17 que o serviço de recebimento, coleta e entrega de correspondências é monopólio da EBCT, quando, inclusive, é permitida a contratação por inexigibilidade de licitação.

Conforme apontado na *impugnação*, a manutenção de uma descrição genérica do serviço no edital abre oportunidade para que outros serviços, que não excepcionais ao monopólio, sejam realizados pela licitante vencedora do certame.

Ao analisar impugnações como esta, o pregoeiro não deve agir em defesa do edital e do termo de referência a todo custo. Pelo contrário, é importante que todas as questões levantadas pelos licitantes ou interessados sejam levadas em consideração para uma análise mais completa.

Nesta órbita, parece que o termo de referência deveria ter limitado o objeto do Pregão àquilo que foge do monopólio do serviço postal, vale dizer, as atividades que não se encontram listadas no art. 9º da Lei 6.538/78. Conforme reconhecido pelo STF na ADPF 46, tratam-se dos serviços de entrega de: **(a) encomendas, (b) boletos de cobrança por tributos ou por serviços públicos delegados, (c) jornais, livros, periódicos ou outros impressos relacionados**. Ao rol listado podemos incluir, por tratar-se de permissivo legal, da coleta/entrega de **correspondências entre órgãos da mesma pessoa jurídica ou do mesmo grupo de empresas, na prática comumente chamada de “malote”**.

O fato de existir contrato em vigor entre a ADASA e a EBCT (contrato 04/2016) nos faz crer que o objeto do Pregão 20/2016 ficaria limitado àquelas correspondências que não forem entregues pelos correios. No entanto, como forma de resguardar a própria ADASA, entende-se ser indispensável que tal restrição conste expressamente no termo de referência, já que é esse o documento que vai servir de base para a elaboração do edital e da minuta do contrato.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço e dou provimento à impugnação, com a suspensão do Pregão 20/2016, com a recomendação de que seja elaborado outro termo de referência, com alteração do objeto, para que se faça constar expressamente quais os serviços serão realizados pelos motomensageiros, dentre aqueles que são exceção ao monopólio da EBCT.

Antes, porém, os autos serão remetidos à Diretoria Colegiada, órgão competente para realizar a deliberação em instância final sobre o mérito da impugnação e, caso concorde com a posicionamento do pregoeiro, poderá cancelar o Pregão 20/2016.

Brasília, 04 de janeiro de 2017.

Eduardo Botelho

Pregoeiro