

ANO III – Nº. 06



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JAN/JUN

2007

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBDA
Ano 3 • Volume 3 • Número 6
Jan-Jun 2007 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Semestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente
Alenуска Teixeira Nunes, Vice-Presidente
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral
Elisa Ustárroz, Diretora Científica
Caroline Alves Salvador, Diretora Social
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:
Eduardo Bruno Milhomens
Fernando Estevam Bravin Ruy
Paula Lins Goulart
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:
Daniel Barroso
Luiz Carlos Messias Junior
Tiana Santos

Colaboradores:
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária · CP 1649014 · Lisboa · Portugal



PARCEIRIA PÚBLICO-PRIVADA NO SETOR POSTAL BRASILEIRO

A. Saddy¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. Desenvolvimento postal; 2. A necessidade de mudança do setor postal brasileiro; 3. Viabilidade das parcerias no setor postal brasileiro; 4. PPP no setor postal brasileiro; Conclusões

RESUMO: *Sob o contexto da Reforma do Estado Brasileiro, iniciada na década de 90, que decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, iniciou-se uma série de medidas por parte do Poder Público para sanar tal incapacidade. As chamadas Parcerias Público-Privadas, que visam precipuamente realizar investimentos substanciais para diminuir a brecha que existe entre a demanda de serviços de infraestrutura e a capacidade para provê-los, é uma dessas medidas. Abordaremos, nesse trabalho, a adoção do mecanismo das Parcerias Público-Privadas, como discricionariedade estatal, o que permitirá incrementar a colaboração do setor privado na prestação de serviços postais.*

Introdução

A transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração, denomina-se descentralização que pode ser territorial, que encerra a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, ou também do poder central a coletividade local, ou institucional, que representa a transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político. Pode, ainda, ser legal, ou seja, formalizada através de lei (art. 37, XIX, da CF/88), ou negocial, porque sua instituição se efetiva através de negócios jurídicos regrados basicamente pelo direito público (p. ex., concessão e permissão do serviço público).

¹ Mestrando em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em Regulação e Concorrência pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Professor da disciplina “Direito Econômico e Regulatório” da pós graduação/educação continuada em Direito organizado pela FGV DIREITO RIO, Consultor da MethoIus Consultoria Jurídica Internacional.

Hoje, o Estado vem adotando “novas” formas de prestação dos serviços públicos, quais sejam, a privatização, a gestão associada, o regime de parceria, ..., tudo como forma de modernização, já que suas antigas fórmulas vinham indicando que o Estado envelhecia.

Tendo, portanto, a atividade espaço para exploração privada, e sendo sabido que o Brasil precisa realizar investimentos substanciais para diminuir a brecha que existe entre a demanda de serviços de infra-estrutura e a capacidade para provê-los, além de estarmos situados num contexto de fortes restrições fiscais com que o Estado deve operar no nosso país, tornou-se imprescindível à busca e a adoção de mecanismos que permitam incrementar a colaboração do setor privado na prestação de tais serviços.

Usualmente, e já bastante difundido, o termo parceria, após a reforma do Estado, vem sendo utilizado pela Administração Pública na forma de concessão, permissão ou autorização principalmente, existindo outras formas de prestação, tais como a terceirização, a franquia, os acordos de programa, termos de parceria, contrato de gestão, sem falar nos convênios e consórcios².

Ocorre que, a maioria desses regimes pressupõem que o investimento seja amortizado pela cobrança de tarifas dos usuários/consumidores finais dos serviços.

Assim, por vir o Estado se mostrando incapaz de atrair investimentos para projetos pouco rentáveis ou que tenham um alto risco de mercado e tendo este que buscar mecanismos que solucionem tais problemas, surgiu no Brasil à idéia da Parceria Público-Privada (PPP).

As Parcerias Público-Privadas já são utilizadas por diversos países³ para obter mais recursos a serem

² Nesse contexto, Jorge Antônio Bozoti Pasin e Luiz Ferreira Xavier Borges (PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público – privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003, p. 188) afirmam que: “Já foi identificado um receio de que, uma vez implementada uma regulamentação de PPP, todas as concessões de serviços públicos só atrairiam interessados privados nessas bases, esvaziando as demais formas, sem garantias do Estado”.

³ Países como a Bélgica, Portugal, Alemanha, algumas províncias canadenses, Espanha, Finlândia, Japão,

investidos na implantação ou ampliação de obras e serviços de interesse da sociedade, ou para prestar serviços à Administração. Estas surgiram no Reino Unido (Public Private Partnerships), para fomentar investimentos privados diante de um cenário de recursos públicos escassos, fruto da evolução de um programa governamental de incentivo ao investimento no setor público – o Private Finance Initiative (PFI).

Tendo em vista o déficit em infra-estrutura e serviços públicos no Brasil, e em contraposição a falta de recursos públicos disponíveis para o investimento nessas áreas, foi a União despertada pelo sucesso da experiência internacional, em outubro de 2003, colocando para consulta pública, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, um projeto de lei, que depois veio a ganhar o n.º 2.546/2003, tratando do conceito e dos princípios do contrato da PPP⁴. Esse Projeto de Lei veio a ser aprovado e sancionado em 30 de dezembro de 2004, dando origem à Lei n.º 11.079, que instituiu normas gerais para a licitação e a contratação de Parceria Público-Privada, no âmbito da Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Tem tal Lei o intuito de redefinir a forma de relacionamento entre o Estado e as empresas privadas, para fins de prestação de serviços públicos, e recuperar, desse modo, a capacidade do Estado planejar e orientar o setor privado em seus investimentos nos setores de transporte, saneamento, energia elétrica, habitação, comunicação, etc.

1. Desenvolvimento postal

Desde que um grupo organizado de homens obteve o controle sobre um território maior do que a sua aldeia surgiu a procura por formas de comunicação entre os indivíduos situados em pontos diversos.

Antes do desenvolvimento da escrita, as mensagens eram apenas verbais, gravadas na memória

Noruega, Suécia, Holanda e Irlanda, ou já tem contratos de PPP em atividade ou estão em fase avançada de discussão para sua introdução, todos baseando-se no modelo surgido inicialmente na Inglaterra, porém adaptado às características peculiares de cada país.

⁴ De acordo com o comunicado EM nº 355/2003/MP/MF, datado do dia 10 de novembro de 2003, foi enviado ao Presidente da República, o Projeto de Lei sobre PPP.

dos mensageiros. Posteriormente, passaram a contar com símbolos, fosse para auxiliar a memória dos mensageiros, ou para significar idéias previamente convencionadas. Após o advento da escrita, o serviço postal cresceu em importância⁵; na antiguidade, porém, tais serviços padeciam de um grave problema. Constituíam-se em um serviço organizado pelo Estado, para uso quase exclusivo do soberano e do seu aparato estatal. Assim, ao homem comum era quase impossível o seu acesso.

Isto começou a mudar, na Europa, no início do século XVI, fruto da grande corrente de renovação que sacudiu o continente. A principal transformação foi a maior acessibilidade aos serviços, ao menos, a quem pudesse pagar as tarifas relativamente caras.

No entanto, apenas a partir do séc. XIX, pode-se dizer que a maioria dos países europeus tiveram os seus correios “universalizados”⁶.

Nesse contexto, historicamente, a atividade postal foi estruturada em todos os países, sob a forma de prestação direta ou indireta pelo próprio Estado, oferecendo serviços à sociedade em um regime de monopólio, o qual constituía obstáculo à atuação de empresas privadas no mercado.

⁵ As primeiras redes postais foram estabelecidas na China e na Pérsia. Posteriormente o Império Romano dispôs de uma sofisticada rede postal. In: VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894, p. 35-61.

⁶ Isso, basicamente, por três motivos. Em primeiro lugar, os países europeus cassaram todas as licenças dadas a particulares durante os séculos anteriores e das quais a mais famosa era a da família Von Taxis, na Alemanha, e transformaram os correios em um serviço público estatal, para servir a todos os cidadãos e não apenas ao Estado, como na antiguidade. O segundo evento que contribuiu para a melhoria dos serviços de correios foi a invenção do selo postal. Até então as remessas custavam caro e, na maior parte dos países, deviam ser pagas pelo destinatário. É de se imaginar quantas cartas não eram entregues por falta de pagamento. Um terceiro motivo para o rápido desenvolvimento dos correios no século XIX foi a fundação da União Postal Universal - UPU, em 9 de outubro de 1874, pelo Tratado de Berna, Suíça. A UPU passou a estabelecer regras para o funcionamento internacional dos correios e apoiar o desenvolvimento interno dos serviços dos países associados (vide www.upu.org e www.upaep.com.uy).

Em função da ausência de desafios de mercado, os correios do mundo operaram por muito tempo sem grande ênfase nas necessidades de seus clientes.

Tal situação perdurou até meados do século XX, durante os quais os correios tiveram a garantia de que suas atividades não estavam – nem deveriam estar – sujeitas a qualquer forma de competição, em um ambiente de estabilidade mercadológica e tecnológica.

No mundo do séc. XX, ao final da década de 60 e início da década de 70, começaram a surgir empresas privadas⁷ oferecendo o serviço de transporte de documentos e mercadorias com atributos de qualidade sensivelmente superiores aos serviços tradicionais das administrações oficiais de correios, dando início à competição no setor, ainda que restrita a serviços mais sofisticados⁸.

Com o passar do tempo, as tecnologias avançaram, possibilitando assim a expansão dos serviços internacionais para os mercados nacionais, representando uma ameaça direta aos monopólios postais⁹.

Dessa maneira, em reação à atuação dos operadores privados, os correios estatais foram obrigados a adotar uma nova estratégia na qual o cliente ganhou mais destaque, exigindo uma organização postal mais moderna e orientada para os desejos das pessoas. Tudo com maior flexibilidade administrativa para enfrentar os desafios da demanda crescente em um ambiente cada vez mais competitivo.

Com o transcorrer do tempo e o fim da guerra fria, a atividade postal passou a receber novo enfoque. O setor assumiu o papel vital de infra-estrutura para transações comerciais num mundo em que, freqüentemente, o produtor e o consumidor se encontram

geograficamente distantes. O fornecimento de serviços postais no mundo passou a ser partilhado pelo Estado e pela iniciativa privada.

2. A necessidade de mudança do setor postal brasileiro

Analisado o desenvolvimento postal, cabe verificar o atual diagnóstico do setor postal brasileiro.

Análises prospectivas do Ministério das Comunicações¹⁰ indicam que, o modelo de sucesso da atual Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)¹¹ poderá vir a apresentar problemas, se não forem tomadas as decisões necessárias, não só à manutenção, como, principalmente, à evolução do setor.

É fato que o modelo institucional do setor postal brasileiro, estruturado décadas atrás, vem mantendo seus pilares de sustentação, apesar das intensas mudanças no contexto em que ele se insere. Entretanto, apesar dessa longevidade, tais análises demonstraram que, os condicionamentos vigentes, quando da criação da ECT, não são mais válidos, sendo possível observar alguns sintomas de fadiga, os quais, caso não se realize as reformas necessárias no setor, deverão evoluir para

⁷ Inicialmente as empresas privadas atuaram com uma maior ênfase no serviço internacional.

⁸ É importante destacar que o modelo de exploração da atividade postal estava fortemente baseado no conceito de território nacional, o que fazia com que o limite de mercado coincidisse com o limite geográfico das nações.

⁹ Praticamente, nada do acima exposto ocorreu no Brasil. Algumas empresas privadas atuavam no mercado, mas nenhuma exercia uma competição propriamente dita com o monopólio estatal, ficando o país cada vez mais defasado em relação ao desenvolvimento mundial, e isto porque se tinha uma idéia de segurança nacional envolvendo os correios.

¹⁰ Tais análises foram divulgadas pelo Ministério das Comunicações e encaminhadas por meio da exposição de motivos (EMI n.º 89/MC/MF/MOG, de 30 de junho de 1999) do Projeto de Lei n.º 1.491/99 ao presidente da república (vide www.mc.gov.br).

¹¹ Em 1967, foi criado o Ministério das Comunicações que, a partir de 1968, recebeu em sua estrutura o Departamento de Correios e Telégrafos – DCT, o qual, em 20 de março de 1969, por meio do Decreto-Lei n.º 509, foi transformado na empresa pública denominada Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Essa transformação de departamento para o novo modelo de empresa pública, em que o Estado mantinha sob sua propriedade e controle 100% do capital, permitiu ao serviço postal alcançar um novo patamar de possibilidades de gestão, garantindo-lhe condições essenciais para que ocorresse uma grande transformação no serviço postal brasileiro. Desse modo, a ECT é de acordo com o art. 2.º da Lei n.º 6.538, de 22 de junho de 1978, uma empresa pública, que exerce suas atividades em duas grandes áreas, a saber, a exploração dos serviços postais e de telegrama monopolizados (art. 9.º e 27), bem como serviços outros, não monopolizados (art. 2.º e 7.º), regime de competição.

rompimentos que comprometerão a prestação de serviços postais em todo o território nacional¹².

Aliado a isso, tem-se uma total falta de normatização no setor postal. Atualmente o setor postal está desprovido de disciplinamento atualizado e muitas empresas de *courier* estão atuando no vácuo das leis e/ou burlando o ordenamento jurídico, já que não existe qualquer norma que as regulamente. Por vezes, tal situação coloca os usuários/consumidores, os empresários e até o Poder Público em circunstâncias de pouca ou nenhuma defesa, impondo-lhes condições aviltantes, sem maiores recursos que lhe preservem os interesses mínimos, o que acarreta uma total falta de segurança jurídica.

Assim, tendo em vista a necessidade de mudança e de normatização do setor postal¹³, o Ministério das

Comunicações, em 8 de dezembro de 1997, por meio da Portaria n.º 778, criou o Programa da Reforma Estrutural do Setor Postal Brasileiro com o propósito de propor um novo modelo regulamentar e institucional para o setor, bem como a modernização organizacional e comercial da ECT.

Seu objetivo foi o de empreender um programa de reformas amplo, envolvendo cinco pontos que constituem os pilares de organização do setor¹⁴.

Dentre os pontos, destacamos a Reforma Regulamentar, que culminou na elaboração do Projeto de Lei Postal (Projeto n.º 1.491/99), que importando muitas das definições do “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais” (1992)¹⁵, criou

¹² Isto porque a indústria brasileira e mundial de serviço postal vivencia importantes mudanças estruturais decorrentes de uma série de fatos, tais como: mudanças nos meios tecnológicos; competição direta e, sobretudo tecnológica; uma maior exigência dos usuários quanto ao serviço prestado; o contexto político e econômico; o tráfego postal; a diversificação de segmentos postais; entre outras. De acordo com a análise, a convergência de todos esses fatores não é suportada pelo Modelo Institucional existente.

¹³ Este na verdade é o diagnóstico do setor postal. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO entende que o planejamento possui duas etapas: o diagnóstico, que detectar as carências e anseios da sociedade; e o prognóstico, que é o desenvolvimento das ações. Por ser o planejamento imperativo para o Poder Público e indicativo para a iniciativa privada, esta o Poder Público obrigado a planejar indicando quais os setores e regiões indispensáveis ao atendimento do bem estar geral e a partir daí implementar os planos. Quando planeja o Estado esta anunciando uma conduta e a iniciativa privada toma ciência de que o setor pode sofrer a influência da intervenção (negativa ou positiva). Assim, uma vez previsto o plano, identificado as regiões e os setores que necessitam ser estimulados, para o alcance do bem estar geral por meio do desenvolvimento econômico, o passo seguinte é abrir oportunidades para a iniciativa privada, e não montar uma estrutura para o atendimento desses setores ou regiões. Afirma o autor: “*Os atos interventivos devem estar calcados no planejamento e este, por sua vez, deve refletir a vontade popular sufragada nas urnas com base no programa partidário, por meio do qual o Chefe do Poder Executivo é eleito e elabora seu plano de governo (CF, art. 14, § 3º, V, c/c 84, VI e XI). O planejamento visa, pois, dar organicidade à intervenção, tornada esta atividade vinculada. Fundamental se faz lembrar que o papel do Estado no Direito Moderno é estimular o desenvolvimento da sociedade, observado o*

princípio da livre iniciativa, cabendo ao Estado zelar para que esse desenvolvimento ocorra, ainda que ele próprio tenha que exercer as ações consideradas indispensáveis a tal fim” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.16).

¹⁴ Reforma regulamentar, organizacional, comercial, tecnológica e banco postal.

¹⁵ O processo de reforma dos mercados postais europeus começou formalmente com a publicação pela Comissão Européia de seu “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais” (COM (91) 476 final, Bruxelas, 11 de junho de 1992). Este livro corresponde a um estudo completo sobre o setor postal da Comunidade Européia, com um excelente nível técnico e ricas informações, trazendo apontamentos sobre as dificuldades de se implantar um mercado único, já que cada Estado-membro possui problemas vinculados basicamente a regras de funcionamento, valores e prazos diferenciados, levando a se propor uma série de medidas, descartadas as hipóteses extremas de liberalização completa do setor (que implicaria no desaparecimento do serviço postal universal) e uma harmonização completa do mesmo (que requeria a criação de um organismo centralizado a nível comunitário responsabilizado pelos serviços postais). Desse modo, o Livro Verde orienta para a realização de uma harmonização parcial para satisfazer os objetivos básicos, que seriam a garantia de um serviço postal universal com conteúdo equiparados para todos os Estados-membros, e uma vez assegurado o serviço universal, se liberaria de forma progressiva e controla o setor para que o usuário tenha um poder de eleição de seu prestador de serviço maior.

Fruto do debate público gerado pelo “Livro Verde”, e como resumo do mesmo, a Comissão Européia publicou uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu com “linhas diretivas para o desenvolvimento dos serviços postais comunitários” (COM (93) 247, 1993). O parlamento Europeu emitiu sua resolução a respeito da análise da Comissão no dia 22 de janeiro de 1993

um novo contexto legal, abrangendo o mercado como um todo, em seus diferentes componentes: serviços, clientes, operador público, operadores privados e organismo regulador¹⁶.

(Resolução do Parlamento Europeu de 22 de janeiro de 1993, relativa ao “Livro Verde sobre o desenvolvimento do mercado único dos serviços postais”. DOCE C 42/240, de 15 de fevereiro de 1993). O Conselho emitiu sua opinião a respeito mediante a Resolução de 07 de fevereiro de 1994 (Resolução do Conselho de 07 de fevereiro de 1994, relativa ao desenvolvimento dos serviços postais comunitários. DOCE C 48/3, de 16 de fevereiro de 1994).

Como consequência de todo procedimento descrito, acrescido ao cenário de reformulação que o conceito de serviço de interesse econômico geral trouxe, a Comissão Européia iniciou a gênese da diretiva 97/67/CE, em 22 de novembro de 1995 (COM (95) 227 final, DOCE C 322, 2 de dezembro de 1995).

A primeira Diretiva Postal foi adotada em dezembro de 1997 (Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de dezembro de 1997, relativa as normas comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais da Comunidade e a melhoria da qualidade do serviço. DOCE L 15/14, de 21 de janeiro de 1998). Esta diretiva impõem aos Estados-Membros uma harmonização referida a prestação de um serviço universal no interior de toda a comunidade e, por outro lado, determina a abertura, de maneira gradual e progressiva, do mercado postal para competição entre operadores.

Em cumprimento do previsto na Diretiva Postal, a Comissão iniciou em maio de 2000 o procedimento legislativo, a fim de reformar a Diretiva Postal. O procedimento desembocou na adoção da Diretiva 2002/39/CE (Diretiva 2002/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de junho de 2002, que modifica a Diretiva 97/67/CE com o fim de prosseguir a abertura da concorrência dos serviços postais da comunidade. DOCE L 176/21, de 05 de julho de 2002), que modificou seis artigos da Diretiva 97/67/CE, em especial os referidos ao âmbito reservado, as condições de concorrência nos segmentos liberalizados e procedimentos de reclamações por parte dos usuários.

Essa reestruturação dos serviços postais passou a ser uma tendência mundial, irreversível frente à magnífica dimensão deste setor e, naturalmente, à globalização da economia.

¹⁶ Esta reforma apesar de ser a mais almejada, até a presente data não se deu. O que alias, causará problemas para a implantação/viabilização da PPP no setor postal. Afinal, a possibilidade de um novo marco regulatório (PL n.º 1.491/99), bem como, as divergências em torno da natureza jurídica e do monopólio postal, criam incertezas que serão vistos como riscos pelo parceiro privado.

Há de se lembrar que a reestruturação dos serviços postais é uma tendência mundial, irreversível frente à magnífica

Outra reforma também preconizada por tal Portaria, foi a tecnológica, que já vem sendo desenvolvida desde 1995, por ocasião do lançamento do PASTE – Programa de Recuperação e Expansão para o Sistema de Telecomunicações e para o Sistema Postal, que aplicou milhões de reais em diversas plataformas vitais para a ECT, como sistemas de triagem automática, rastreamento de objetos, terminais de carga, containerização, segurança, automação de agências, auto-atendimento, renovação da frota, rede de teleinformática, treinamento e modernização da gestão administrativa.

A maioria dos investimentos foram voltados à recuperação e ampliação da infra-estrutura operacional básica da ECT, válidos em qualquer modelo institucional a desenvolver.

Atualmente a ECT possui 827 centros de operações, quase 98,1 mil trabalhadores¹⁷, aproximadamente 20 mil colaboradores que prestavam serviço indireto, além de possuir quase 12 mil agências de correios, 26 mil caixas de coletas, um pouco mais de 16 mil postos de venda de produtos, 101 mil caixas postais comunitárias, 246 máquinas de auto-atendimento, 741 unidades de tratamento e distribuição, 28 linhas de transporte aéreo, 4357 veículos, 7353 motocicletas, 18.901 bicicletas, 23 diretorias regionais e 153 regiões operacionais, a ECT tem quase a totalidade dos brasileiros como clientes, na condição de remetentes, destinatários ou usuários de serviços¹⁸.

Torna-se imprescindível, portanto, a manutenção, o aprimoramento, a conservação e a expansão dessa logística e dos serviços que a ECT prestam, sejam estes realizados por ela ou por terceiro.

3. Viabilidade das parcerias no setor postal brasileiro

Pode o Estado como forma de administração, de contenção de gastos, de política pública, realizar parcerias com a iniciativa privada, desde que a atividade comporte

dimensão deste setor e, naturalmente, à globalização da economia.

¹⁷ A ECT é a maior empregadora do Brasil.

¹⁸ Dados retirados do site dos correios. Disponível em: www.correios.com.br. Acesso em: 07.01.05.

tal forma. Estamos, portanto, diante de um poder discricionário do Estado.

Assim, por entender, que não existir um monopólio de direito por parte da ECT, e que o serviço postal se caracteriza como serviço público, onde o Estado detém a obrigatoriedade de manter, apenas, o serviço essencial, por força Constitucional (art. 21, inc. X) podendo este ser prestado por meio de empresas estatais ou não, que acreditamos que a iniciativa privada possui um espaço jurídico para a exploração privada de tais serviços, seja através da concessão, da permissão, da autorização, da franquia, da terceirização, da Parceria Público-Privada, entre outras, ficando a baila do Estado a opção (conveniência e oportunidade) por qual melhor se ajusta ao objetivo perseguido¹⁹.

¹⁹ Vale mencionar que o Projeto de Lei Postal (PL nº 1491/99) trata o serviço postal como um serviço público, dispondo inclusive sobre a sua forma de delegação, mediante a concessão, a permissão e a autorização.

De acordo com o Projeto, a futura empresa Correios do Brasil S/A será a única a prestar serviços de correios em regime público, com obrigações de universalidade e continuidade. Todos os demais operadores prestarão serviços em regime privado, sob autorização. Neste ponto, o projeto guarda analogia com a Lei Geral de Telecomunicações.

A concessão tratada no Projeto de Lei Postal será outorgada, depois de licitação, para a prestação de serviços de correios em regime público, remunerados por tarifa, e terá o prazo de 20 anos. Mas os concessionários também poderão prestar serviços em regime privado. A permissão será uma delegação da pretendida Agência Nacional de Serviços de Correios (ANSC) para pessoa física ou jurídica, em caráter transitório, até que se normalize a situação excepcional que motivou o ato. Assim como a concessão, será precedida de licitação, explorada em regime público e terá prazo para acabar: 24 meses, improrrogáveis. Já a autorização, concedida por um ato administrativo da Agência, se destinará à exploração de serviços de correios em regime privado e não terá prazo para acabar.

Afora tais formas, a ECT muito antes do Projeto de Lei postal, por necessidades próprias instituiu a franquia como forma de descentralização. Hoje por demais utilizada pela Administração Pública, por vezes não é recomendável nem cabível, ou porque não detém a marca para dar de uso ou por ser serviço público. Afinal em o sendo, deveria haver delegação do serviço, por um dos institutos acima citados, conforme dispõe o art. 175 da CF/88. Esta pode ser realizada ou na modalidade de concessão ou na modalidade de terceirização. Somos da opinião de que é descabida a realização de licitação para realização de franquia, já que entendemos ser uma forma

Há, assim, espaço jurídico para a exploração privada dos serviços postais, não sendo legítimo que o conceito de serviço público exclua, pelo regime de monopólio, tal atuação. Aliás, a legislação infraconstitucional, já direcionou, deixando claro que o meio de execução dos serviços postais, não se impõe apenas de maneira direta, admitindo a substituição da ECT e até a possibilidade de transferência da prestação do serviço a terceiros para realizá-lo nas condições regulamentares.

O Decreto-lei n.º 509/69, dispõe em seu art. 18:

Art. 18. A ECT procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contratos e convênios, condicionado esse critério aos ditames de interesse público e às conveniências da segurança nacional.

Já a Lei n.º 6.538/78, dispõe no §3.º do seu art. 2.º:

de terceirização. Ressaltamos, contudo que as figuras do art. 175 da Constituição são, talvez, os meios mais adequados para a delegação do serviço, mas não os únicos¹⁹.

Ora, se assim entendemos, por certo que o entendimento sobre a terceirização é o mesmo, afinal já que esta é uma modernidade associada à transferência de atividades-meio da empresa, em busca de maior eficiência, cremos ser totalmente viável que essa forma de gestão seja implantada no setor.

Lembro ainda que o contrato de franquia foi tido ilegal pelo TCU e que a ECT remodelou, depois da proibição do TCU, o conceito de agências de atendimento. Passou a adotar o modelo de permissão, a partir de licitações públicas. As agências nascem dentro de estabelecimentos comerciais ou de serviços que geram grande fluxo de pessoas. É o que os americanos chamam de *store-in-store*, uma tendência do varejo que vem apresentando excelentes resultados no mundo inteiro. É vantajoso para todos os lados, para o dono do ponto representa um ganho adicional, e para a ECT é a oportunidade de crescer sem a necessidade de grandes investimentos.

Pode-se ter também, parcerias que nada mais são que associações entre administração pública e iniciativa privada, que nada mais são que a constituição de *joint-ventures*, acordos operacionais e comerciais para a exploração de mercado específico em que o operador público não detém a tecnologia e a agilidade necessárias para o oferecimento de serviços competitivos, como é o caso do Banco Postal, e cremos poder ser o caso de outras formas de serviço.

§ 3.º 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.

Observados ambos dispositivos, verificamos que não há uma vedação para a transferência da execução do serviço postal pela ECT. Há até um estímulo por parte do legislador a tal fim.

A execução indireta mediante a celebração de contratos e convênios pela ECT na prestação dos serviços postais é, portanto, preconizada pela própria lei que determinou a exploração de tais serviços, em dito regime de monopólio, pela União.

Incluindo-se a tais fatos a certeza de que os serviços postais são serviços vitais para todas as atividades econômicas e sociais já que constituem um veículo essencial de comunicação e de comércio²⁰, somos levados a crer que as parcerias em todos os sentidos, e principalmente as PPPs, poderão ser realizadas no setor postal, possibilitando um desenvolvimento econômico e social para o país.

4. PPP no setor postal brasileiro

Tendo em vista o déficit público, a incapacidade do Estado em realizar investimento em infra-estrutura²¹, a

²⁰ Sobre a importância estratégica e econômica do setor postal pode-se ver os dados contidos no Informe da Comissão do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a aplicação da Diretiva Postal, de 25 de novembro de 2002, documento COM (2002) 632 final.

²¹ Pode-se dizer que investimentos em infra-estrutura, têm uma dupla repercussão. Não só criam empregos no setor específico, mas ainda permitem o bom funcionamento dos demais ramos de atividade, cujo desenvolvimento depende do bom funcionamento da infra-estrutura. Essa é a razão pela qual os países que não dispunham de recursos públicos suficientes para atender o desenvolvimento dos seus serviços públicos recorreram inicialmente à concessão e, mais recentemente, às PPPs.

A péssima condições das estradas brasileiras, à falta de investimento na malha ferroviária, saneamento precário, agricultura em crescimento, mas com possibilidades de avanços, sistema energético cheio de problemas, sistemas de comunicações que pode melhorar, entre outros, encarece o custo da logística das empresas e pode prejudicar a competitividade dos produtos não só no

possibilidade de novas formas de administração, a discricionariedade na escolha da forma de descentralização, a possível contenção de gastos e, por se pressupor que, na maioria das formas de parcerias, os investimentos sejam amortizados pela cobrança de tarifas dos usuários/consumidores finais dos serviços, havendo casos, contudo, que muitos dos investimentos podem não vir a ser amortizados, que temos as PPP²². As duas espécies – patrocinada ou administrativa²³ – trazem ao Poder Público a possibilidade de investir em infra-estruturas necessárias, assumindo o particular os riscos de projetar e construir uma determinada obra ou de prestar algum serviço para, mantendo a titularidade desta ou deste após a sua conclusão, colocar os seus frutos à

exterior mas no Brasil, além de aumentar os preços e diminuir a qualidade e a eficiência dos serviços.

Nessas condições as PPPs surgem como possibilidade de melhora desses males, não podendo contudo serem tidas como salvadoras de todos problemas atualmente vividos. Daí porque ser incontestável o fato de que antes de qualquer PPP há de ser feito um planejamento, método que, subdividido nas fases de diagnóstico e prognóstico, tem por finalidade racionalizar a atuação estatal, a partir da participação da sociedade na identificação dos problemas na infra-estrutura, e na melhor forma de execução deste plano, com as chamadas políticas públicas. Faz-se necessário, portanto, grandes investimentos, nacional ou estrangeiro, público ou privado, em infra-estrutura, nos mais diferentes setores, inclusive o Postal.

²² A pergunta aqui é: caso os investimentos sejam amortizados, poderá se optar pela PPP? Verificaremos mais adiante tal questão.

²³ De acordo com o art. 2.º da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, as PPP são contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, onde a primeira é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e a segunda, é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. O Projeto de Lei n.º 2.546/2003 que originou a atual lei, dispunha diversamente sobre o conceito de PPP, nele esta forma de contratação era considerada como o acordo firmado entre a Administração Pública e o parceiro privado, que estabeleça vínculo jurídico para a implantação ou gestão, no todo ou em parte, de empreendimentos ou atividades de interesse público, em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem ao parceiro privado.

disposição do Estado ou da comunidade, mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e aos requisitos de qualidade previamente acordados, cabendo, em contrapartida, ao Estado a função de controlar, regular e fiscalizar o setor²⁴.

É, na verdade, um esquema legal, sob o qual se estabelece um vínculo jurídico entre o Estado e a iniciativa privada, em que os financiamentos e as responsabilidades pelos investimentos pertencem ao setor privado, que presta o serviço público ou realiza a obra pública, com enorme liberdade de ação e com garantias financeiras do Estado. Nada mais é, portanto, que uma delegação do setor público ao privado, da responsabilidade pela execução e operação de

determinada obra ou serviço, sujeita a obrigações, pelo Poder Público, de pagamento somente pelos resultados²⁵ efetivamente atingidos e pré-estabelecidos.

Tal noção aceita diversas modalidades, cuja sistematização é variável e depende dos diversos ângulos de vista, tais como o nível de envolvimento do Poder Público, a propriedade dos bens envolvidos e os riscos assumidos pelas partes, pública e privada. Poderia-se então ter os modelos: *Operations and Maintenance*, *Design-Build*, *Turnkey Operation*, *Wrap around Addition*, *Lease Purchase*, *Privatização Temporária*, *Lease-Develop-Operate*²⁶, *Build-Own-Operate-Transfer*²⁷, *Build-Operate-Transfer*²⁸, *Build-Transfer-Operate*²⁹, *Build-Own-Operate*³⁰, *Buy-Build-Operate*³¹. Todas essas modalidades apresentam vantagens e desvantagens, além de diversas implicações para a alocação dos riscos entre as partes.

Não se pode, portanto, confundir a noção acima citada com as demais formas de parcerias, já que a PPP busca viabilizar investimentos que, de outra forma, nem o Estado nem os modelos tradicionais de concessão, permissão, autorização e licitação de obra seriam capazes de fazê-lo. A PPP pode propiciar ainda, não só uma economia ao Estado, como também a comodidade ao usuário final de um serviço essencial prestado com mais eficiência pelo parceiro privado.

²⁴ Sob esse contexto, vide Livro Verde da União Européia sobre as Parcerias Público-Privadas (COM (2004) 327 final, Disponível em: http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=pt&type_doc=COMfinal&and oc=2004&nu_doc=327, acesso em: 31.03.05), bem como o Livro Verde da União Européia sobre os serviços de interesse geral (COM (2003) 270, de 21 de maio de 2003, Disponível em: http://europa.eu.int/eurlex/en/com/gpr/2003/com2003_0270en01.pdf acesso em: 28.12.2004), que dispõe: “22. Normalmente o mercado garante uma alocação otimizada dos recursos para o benefício da sociedade como um todo. Contudo, alguns serviços de interesse geral não são completamente satisfeitos somente pelo mercado, porque o preço de mercado é muito alto para consumidores com baixo poder aquisitivo ou porque o custo de provimento de tais serviços não pode ser coberto por preços de mercado. Disso decorre que sempre tem sido a responsabilidade imputada às autoridades públicas de garantir que tais necessidades básicas coletivas e qualitativas sejam satisfeitas, e que aqueles serviços de interesse geral sejam preservados enquanto os agentes de mercado não podem arcar tais serviços. Atualmente, a importância crucial dessa responsabilidade não se alterou.

23. Entretanto, o que mudou foi o modo pelo qual as autoridades públicas cumprem suas obrigações perante os cidadãos. Certamente, o papel das autoridades públicas no contexto dos serviços de interesse geral está em constante adaptação ao desenvolvimento econômico, tecnológico e social. Na Europa, numerosos serviços de interesse geral têm sido tradicionalmente prestados por autoridades públicas. Hoje em dia, as autoridades públicas cada vez mais delegam a provisão de tais serviços à empreendimentos públicos ou privados, ou à parcerias público privadas (PPPs) e limitam-se a definir objetivos públicos, monitorando, regulando e, onde necessário, financiando aqueles serviços”.

²⁵ A Lei estabelece que o contrato “poderá” prever remuneração pelo resultado (art. 6.º, § ún).

²⁶ LDO: O Estado arrenda um ativo existente ao setor privado, exige a realização de melhorias e pequenos investimentos, em geral de recuperação, e firma um contrato de operação privada.

²⁷ BOOT: Aqui a propriedade dos ativos só é transferida ao setor público ao fim do contrato de operação.

²⁸ BOT: Mecanismo de concessão de direito de construção, exploração e prestação de um serviço por um período determinado, ao fim do qual o projeto retorna às mãos do Estado.

²⁹ BTO: Neste caso, o setor privado constrói o empreendimento e o entrega ao Estado, que, por sua vez, concede à mesma empresa privada, ou a outra, o direito de operação.

³⁰ BOO: Análogo ao BOT, sendo que a propriedade do projeto é totalmente privada, ou seja, não há retorno do empreendimento ao Estado.

³¹ BBO: Caso em que o Estado possui algum ativo em operação e deseja vendê-lo ao setor privado, contra a obrigação de expansão e operação por este.

Verificada a noção de PPP e a viabilidade destas no setor postal, necessário se faz analisar a aplicabilidade da norma à ECT, já que a Emenda Constitucional n.º 19/98 deu nova redação ao art. 22, inc. XXVII, da CF³², prevendo a criação de um estatuto jurídico próprio para as sociedades de economia mista e empresas públicas, que disporá, dentre outros, sobre as suas licitações e contratações³³.

Tal disposição deu margem ao entendimento de que o art. 119, da Lei n.º 8.666/93³⁴ não fora recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, por violar o princípio da isonomia, tratando igualmente situações desiguais, afinal equiparou empresas destinadas a explorar atividades econômicas em regime de competição a órgãos e entidades com personalidade de direito público, dotadas de autoridade e prerrogativas de supremacia sobre o particular³⁵.

³² Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.* Ressalta-se que o art. 1º, da Lei n.º 11.079/04, definiu a competência federal para a edição de normas gerais de contratação, o que encontra amparo no art. 22, XXVII da Constituição Federal.

³³ Art. 173. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 1º - A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)*”.

³⁴ Art. 119. *As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.*

³⁵ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 426: “Com o advento da EC n.º 19/98 fica afastada a incidência desse diploma, devendo as licitações dessas entidades observar o disposto no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 (apenas para justificar a existência de lei, a afastar, portanto, eventual alegação de violação ao

Para quem assim entende, por força do novo ordenamento constitucional, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito não mais se submetem à Lei n.º 8.666/93, embora tal não livre, totalmente, de polêmica³⁶.

Ao contrário de tal sustentação, o Tribunal de Contas da União não considera inconstitucional o art. 119, da Lei n.º 8.666/93³⁷. Entende, que pode uma estatal merecer o mesmo tratamento que uma autarquia ou que um município, que não tem função de regular o mercado e de competir com agilidade com as empresas do setor privado (que devem ser reguladas pela atuação concorrencial da estatal, pois este é o *relevante interesse coletivo* que justifica sua existência).

Registra-se, assim, que a divergência se funda em torno da natureza da atividade prestada pela estatal, ou seja, aquelas que exploram atividades econômicas de competição com o setor privado se submetem aos seus próprios regulamentos; as que prestam serviços públicos continuam sujeitas às citadas “normas gerais”³⁸.

princípio da legalidade”). Vide também PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 375.

³⁶ SIDNEY BITTENCOURT (Licitação passo a passo. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002, p. 459) afirma: “enquanto não dispuserem de estatutos próprios, devem continuar as estatais a atenderem, em sua totalidade, as regras da Lei n.º 8.666/93 – e não somente as normas gerais – não só por falta de regra para seguirem, como também em face da total inexistência de condições práticas na elaboração de um certame licitatório fulcrado tão-somente nas normas gerais”.

³⁷ Vide Decisão n.º 121/1998 exarado do Processo TC n.º 010.124/1995-0, bem como Decisão n.º 663/2002-TCU-Plenário, tomada no Processo TC n.º 016.176/2000-5.

³⁸ Depreende-se da leitura art. 22, inc. XXVII, da CF que as estatais prestadores de atividade econômica em sentido estrito devem observar o disposto no art. 173, § 1º da CF, já que possuem personalidade de direito privado, não celebrando, portanto, contratos administrativos, e sim, atos de direito privado. Esta é a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 102) “Se a entidade for exploradora de atividade econômica, suas relações negociais com terceiros, salvo alguma exceção mais adiante anotada, serão sempre regidas integralmente pelo direito privado. Assim, seus contratos não serão contratos administrativos. Sua responsabilidade contratual ou extracontratual, estará sob a mesma disciplina aplicável às empresas privadas e o Estado não responde subsidiariamente por seus atos”.

Ressalta-se, entendimento, ainda embrionário, no sentido de afirmar que o art. 173, § 1º, da CF, não fez essa distinção, que fazia sentido ao tempo dos monopólios e não mais no momento em que mesmo as prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à competição, especialmente na realidade em que os serviços públicos comportam exploração econômica.

Assim, pela ECT se tratar de uma empresa pública prestadora de serviço público, haverá entendimentos no sentido da aplicabilidade da lei de PPP, afinal o regime diferenciado se dá por causa da exploração da atividade econômica, portanto, as prestadoras de serviços públicos não necessitam de tal diferenciação, já que a licitação deveria se adequar aos objetivos de eficiência na intervenção do Estado na economia, que justificaram a criação das empresas estatais em competição com empresas privadas. Bem como, haverá quem tenham posição, está seguida por nós, que a ECT, apesar de prestar um serviço público, possui atividades que comportam exploração econômica, não se aplicando, nesses casos, a Lei n.º 11.079/04.

Verificada a aplicabilidade da norma à ECT, resta avaliar se o Poder Público e a própria ECT possuem opção discricionária ou vinculada na escolha do formato de descentralização do serviço postal³⁹.

A competência discricionária consiste na margem (relativa) de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas, daquela que melhor

E também, de CARLOS ARI SUNDFELD (Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 208): “*Parece idôneo concluir: as pessoas governamentais privadas exploradoras de atividades econômicas não celebram contratos administrativos em sentido estrito (a não ser, por óbvio, como contratadas da Administração), porque o regime de prerrogativas que os caracteriza inexistem nos contratos das empresas privadas*”. Ressalta-se, contudo, ser indiscutível, à obrigatoriedade de licitar, que se aplicam às entidades estatais o disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal. Significa dizer, portanto, que não podem tais empresas deixar de observar o princípio de mérito da licitação, elencados no art. 3º da Lei n.º 8.666/93.

³⁹ Ressaltamos aqui que a escolha dos instrumentos pelos quais certo Estado, ou ente deste, desempenha suas atividades depende da época, do local, da ideologia, das condições políticas e econômicas, e até da tradição.

atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade quando a lei assim lhe permita, subordinando-se, no entanto, à competência, à forma e à finalidade legais.

Já a descentralização (administrativa), que nada mais é do que a distribuição de competência, pode se dar tanto para entidades da administração indireta como para particulares. A primeira hipótese é denominada descentralização por outorga, através da qual determinados serviços administrativos são especializados e personalizados em entidades estatais - Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, por exemplo⁴⁰. A segunda hipótese é a descentralização por colaboração, pela qual o particular é chamado a colaborar com o Poder Público naquilo que é de seu mister, recebendo mera execução de tarefa cujo titular é o contratante. Esta última de acordo com MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO⁴¹:

Pode ser operacionalizada por atos administrativos unilaterais (autorização, reconhecimento, credenciamento), bilaterais (contratos de concessão, permissão, terceirizações em geral) e multilaterais (convênios e consórcios). A opção decorre do exercício do poder de direção superior da Administração pelo Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II), que atua orientado pela

⁴⁰ Uma das modalidades de intervenção do Estado na economia é a exploração direta da atividade econômica. Quando realiza tal intervenção, o Estado primeiramente planeja, depois fomenta a iniciativa privada a desempenhar atividades econômicas. Se a iniciativa privada não acolher o interesse estatal, que inclusive a incentivou para isso, aí sim, caso o plano seja imperativo, e sendo os setores e regiões eleitos no plano indispensáveis para o desenvolvimento nacional, que estará atendido, no caso concreto, o que se denomina “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional” que autoriza a criação de uma empresa estatal. Vale lembrar que fere o princípio da abstenção criar empresas estatais simplesmente invocando o argumento de que há “relevante interesse coletivo” ou “imperativo de segurança nacional”. Assim, somente se cria empresa estatal se as atividades a serem desenvolvidas por essas entidades não puderem ser desenvolvidas a contento pela iniciativa privada.

⁴¹ Direito administrativo das concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 129.

discricionabilidade e pelo princípio da especialidade, que, na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *informa especialmente a distribuição da competência administrativa*.

Conhecedor do acima exposto, podemos dizer que as PPPs seriam uma forma de descentralização administrativa por colaboração, operacionalizada por ato administrativo bilateral.

Assim, a opção por montar uma estrutura administrativa ou incentivar o particular a exercer a atividade, depende da discricionabilidade do administrador, ato discricionário, portanto. Desse modo, o Poder Público tem uma opção discricionária na escolha do formato de descentralização do serviço postal, podendo a seu juízo (conveniência e oportunidade) escolher qual forma de descentralização melhor se enquadrará no contexto do setor⁴². Inclusive, a própria ECT, já que não há vedação para a transferência da execução de tal serviço (art. 18, do Decreto-lei n.º 509/69 e art. 2.º, §3.º, da Lei n.º 6.538/78), poderá realizar, com discricionabilidade, PPPs, ou qualquer outra forma de descentralização, desde que aplicável ao setor⁴³.

Desse modo, independentemente do conceito que se adotar para o serviço postal⁴⁴, incontestável será o fato

⁴² Poder-se-ia utilizar para as PPPs, como analogia, o binômio necessidade/utilidade das desapropriações, onde a necessidade surgiria quando a Administração Pública defrontasse situações de emergência em que a única solução seria a PPP e a utilidade quando a Administração Pública tivesse conveniência em que a melhor solução seja a PPP.

⁴³ Este é o nosso entendimento, mesmo sendo sabendo de que as PPPs foram criadas para casos em que os estudos técnicos revelassem que o serviço a ser prestado não fossem auto-financeáveis. Afinal, a Lei n.º 11.079/04, não dispôs assim.

Ressaltamos, também, para o fato de que caso o financiador do projeto seja público (ex: BNDES, Caixa Econômica Federal, etc.) numa eventual transferência do controle da sociedade de propósito específico ao financiador, como prevê o art. 2.º, §1.º da Lei n.º 11.079/04, este não poderá vir a ter a titularidade da maioria do capital votante, como veda o art. 4.º, § 9.º da mesma Lei.

⁴⁴ Ressalta-se que, utilizando-se do Projeto de Lei n.º 1.491/99, averigua-se que o mesmo criou um conceito geral de serviços de correios, que possui três espécies: os serviços postal, os parapostal e os de interesse social.

Os *serviços postais* são serviços convencionais e tradicionais de correios, relacionados ao envio de

correspondência e objeto postal a um destino certo e determinado, com ou sem indicação de destinatário. Onde correspondência é a comunicação na forma escrita, gravada ou fixada em suporte material e, nesta condição, destinada a endereço determinado ou a pessoa com endereço determinado e objeto postal é o bem material, com ou sem valor mercantil, que atenda aos requisitos de postabilidade fixados na lei e na regulamentação e que seja encaminhado pelas redes físicas a endereço ou pessoa com endereço determinado.

As encomendas e as mercadorias adquiridas por reembolso postal e venda direta por intermédio das redes físicas são consideradas objetos postais.

Não são serviços postais as atividades de atendimento ao usuário, coleta, triagem, transporte e distribuição de correspondência ou objeto postal, ainda que realizadas de forma segmentada e independente.

Os *serviços parapostais* são serviços que não estão diretamente relacionados ao envio de correspondência ou objeto postal, mas são atividades relacionadas ao serviço postal de forma correlata, conexa ou afim.

Os *serviços de interesse social* são aqueles relevante para a coletividade e para o Estado prestado aos usuários pelo operador, cuja execução depende ou seja consideravelmente facilitada pela utilização de sua rede física, sem prejuízo da prestação dos demais serviços de correios. Ou seja, são aqueles que, embora não possam ser considerados tipicamente postais, são passíveis de prestação por operador postal. Nessa categoria fica enquadrada a utilização da rede física do operador para o prolongamento da ação governamental, inclusive com a indicação, de alguns dos serviços que são classificados nessa categoria, tais como os serviços destinados a prover as necessidades dos usuários em relação aos documentos oficiais de identificação, os procedimentos realizados para o Poder Judiciário destinados à justificação eleitoral, a distribuição de material, inclusive didático e medicamentos, originários de programas ou entidades governamentais e as campanhas comunitárias realizadas pelo Poder Público.

Como o serviço postal é a espécie que mais nós interessa no momento, acrescentamos o entendimento de UBIRAJARA COSTÓDIO FILHO (Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988, 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 44), que ao estudar o conceito de serviço postal, afirma que este não está pronto e acabado no texto constitucional, mas apenas delineado. A definição foi deixada pelo legislador constituinte a cargo do legislador ordinário. Afirma o autor que este não possui plena liberdade para definir tal serviço. Existe um sentido comum a condicioná-lo, extraído da experiência histórica e do uso social da expressão “serviço postal”. Para o autor delinear o conceito serve para saber quais os serviços postais deverão ser mantidos pela União, conforme dispõe o art. 21, inc. X, da CF/88. Ele divide o conceito em constitucional e legal. O primeiro, consiste na atividade de troca de correspondência entre dois

sujeitos, operada por terceiro, pessoal e regularmente, e que constitui obrigação da União, em decorrência de sua essencialidade à população, conforme definido em lei. No segundo, o autor afirma que tem-se que observar 4 elementos extraídos do art. 7.º e 47 da Lei n.º 6.538/78: a) as atividades materiais nele envolvidas, que seriam as elencadas no art. 7.º da Lei n.º 6.538/78, quais sejam, o recebimento, a expedição, transporte e entrega; b) as coisas possíveis de troca por meio do serviço postal, que seriam os objetos de correspondência, os valores, as encomendas e as correspondências agrupada (art. 7.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º além do art. 9.º, inc. II da Lei n.º 6.538/78); c) as especificidades das coisas, delineadas no art. 12 e 13 da Lei n.º 6.538/78, pois se não se enquadrarem, restarão caracterizados como carga; d) a estrutura física e de pessoal usada para a circulação das coisas, que o autor chama de via postal. Assim, para o autor, serviço postal na legislação vigente se consiste na atividade de troca de objetos postais (coisas adequadas às condições legais de postagem), executada por via postal (a estrutura física e de pessoal operada pela União, por meio da ECT e eventuais terceirizados) e que representa obrigação legal da União (à luz do art. 4.º da Lei n.º 6.538/78). Nesse enfoque, inclusive, o autor afirma estar o serviço expresso fora da via postal, logo fora do conceito de serviço postal. E de JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL (PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005, p. 11 e 12) define serviço postal e traz, também, suas características, do seguinte modo: “*Los servicios postales son servicios de transporte a destinatarios concretos, de forma masiva, mediante una estructura articulada en red, de comunicaciones escritas y pequeños objetos.*

Los servicios postales consisten principalmente en el transporte de objetos. En lo fundamental, el servicio consiste en la recogida de un envío en un punto geográfico concreto y la entrega del mismo en otro punto. La legislación sectorial regula también los servicios postales financieros. No obstante, estos servicios son marginales y se basan en la utilización precisamente de los elementos de la red postal menos asociados al transporte: la importante cobertura de las oficinas postales.

En segundo lugar, los servicios postales se caracterizan por la existencia de un destinatario concreto. Así como en ocasiones la publicidad c distribuye indiscriminadamente, sin especificar la identidad del destinatario, los servicios postales consisten en el transporte de envíos a destinatarios (personas físicas o jurídicas) identificados en el mismo envío o en su envoltura.

Un tercer elemento que caracteriza los servicios postales es la naturaleza masiva del transporte. Los envíos de poco valor añadido no pueden ser transportados individualmente, pues el coste del transporte lo hace inviable. La solución es establecer un sistema que permita transportar de forma conjunta cantidades masivas de envíos. El principal obstáculo es la diversidad de puntos de origen (remitentes) y de destino (destinatarios). A tal fin, los servicios postales se

de que este possui 4 (quatro) atividades essenciais, quais sejam: o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega. E que, para a realização dessas atividades, a empresa ou o Poder Público terão que contar com uma grande infra-estrutura⁴⁵.

Assim, nos contratos de PPP Postal patrocinadas, poderemos ter a concessão de serviço ou obra pública, sendo este remunerado através de tarifa, porém com uma contra prestação pecuniária do Poder Público à iniciativa privada.

Já nos contratos de PPP Postal administrativa, poderemos ter a prestação de serviço para a Administração Pública seja ela usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Vislumbra-se, portanto, adequada essas modalidades para qualquer das atividades, serviços ou obras realizadas pela atual ECT, a até pelo Poder Público, caso o queira.

Conclusões

É evidente que o Brasil precisa de investimentos na área de infra-estrutura para sustentar e impulsionar seu crescimento econômico, porém devido ao déficit público e a insuficiência de recursos não consegue realizar o mesmo sozinho, e é notório visualizar que se nada for feito entraremos (se já não entramos) num círculo vicioso, no sentido de que a não implementação de projetos de infra-estrutura básica levará a uma indefinição e à retração da expansão da capacidade industrial instalada. Nesse contexto, nada melhor no cenário nacional que as PPPs, instituída pela Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

estructuran en redes tanto de recogida como de entrega de los envíos. Estas redes permiten primero concentrar los envíos para el transporte conjunto y, una vez transportados a su destino, distribuirlos entre los destinatarios”.

⁴⁵ A ECT conta como já dito, com centros de operações, pontos de venda de produtos, agências de correios, caixas de coletas, caixas postais comunitárias, máquinas de auto-atendimento, unidades de tratamento e distribuição, linhas de transporte aéreo, veículos, motocicletas, bicicletas, diretorias regionais e regiões operacionais.

Na Parceria Público-Privada (PPP), caberá ao Estado planejar, regular e fiscalizar e, ao setor privado, executar e operar obras ou serviços importantes e necessários ao país. Nesses contratos, o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra ou de prestar algum serviço para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados, que poderá se dar não só por dinheiro, mas também através de cessão de créditos não tributários, outorga de direitos da administração pública, outorga de direitos sobre bens públicos e outros meios admitidos em lei.

Desse modo, tendo em vista tais mudanças e peculiaridades, pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que a licitação sob o regime designado PPP, que constitui objeto da Lei n.º 11.079/04, representa uma inovadora, audaciosa e moderna iniciativa do Poder Executivo, trazendo à lume a concreta possibilidade de o Poder Público, em regime de verdadeira parceria, contratar empresas privadas, viabilizando melhorias nos setores de infra-estrutura, inclusive no setor postal.

Porém é de tempo que não se resolve problemas antigos simplesmente com edição de leis, ou seja, não são simples modificações legais a se constituírem em mecanismos de eliminação de entraves estruturais. No entanto, a PPP pelo menos não deixa de significar o reconhecimento da necessidade de criatividade e bom senso na busca dos recursos para investimentos tão vitais para a União, Estados e Municípios. Ainda, serão necessários, muitos ajustes para moldar o caminho...

Há de se ter em conta, que a PPP não é, por si, solução para todos os problemas do poder público, não é, portanto, uma solução salvadora, não podendo a simples edição desta lei, oblitera-se a iniciativa do administrador público, entretanto outras soluções criativas, afinal a PPP por si só não será suficiente para suprir os investimentos que o país demanda, mesmo sabendo que esta é um novo passo ao avanço do país, podendo inclusive se tornar um dos elementos característicos de um novo modelo de desenvolvimento econômico que esperamos que desponte,

em relação aos já utilizados mecanismos da licitação, concessão, e outros.

Nesse contexto, a PPP busca viabilizar investimentos que, de outra forma, nem o Estado nem os modelos tradicionais de concessão e licitação de obra seriam capazes de fazê-lo. A PPP pode propiciar ainda não só uma economia ao Estado, como também a comodidade ao usuário final de um serviço essencial prestado com mais eficiência pelo parceiro privado.

Chegou a hora, portanto, do Brasil investir em infra-estrutura, afinal sem esta o mesmo jamais poderá andar para frente, ou melhor navegar ao invés de remar, afinal não podemos planejar crescimento se não tivermos infra-estrutura.

Governo e setor privado devem agir como aliados e não como concorrentes. A concorrência entre setores só levou a prejuízos para ambas as partes. Quando se encontra um diálogo comum, os resultados podem ser extraordinários, apesar dos interesses entre as partes serem divergentes, já que um busca o interesse público (Estado) e o outro basicamente o lucro (iniciativa privada).

É a oportunidade do Estado e da iniciativa privada trabalharem juntos para alcançar o crescimento sustentável, pois como o Estado não tem recursos suficientes para fazer todos os investimentos, ou por vezes que até tenha recursos, mas que seja uma política pública para minimizar seus custos, - ou seja, pode não visar a substituir incondicionalmente a ação estatal pretensamente ineficiente, mas sim valorizá-la, frutificando-a com vantagens técnicas, financeiras, gerenciais da iniciativa privada e minimizando os custos da administração pública - deverá o setor privado juntamente com o público estimular o crescimento econômico.

A segunda alternativa é o desejado para o setor postal. Com o desenvolvimento do setor postal, fez-se um diagnóstico e visualizou-se necessidade de mudanças do mesmo, tendo em vista a possibilidade de fadiga, caso não se realize as reformas necessárias ao setor. Entre os prognósticos encontrados para um setor que é composto por um vasto mercado e uma grande logística, chegou-se a uma reforma regulamentar, onde previu-se a delegação do serviço à iniciativa privada através da concessão,

permissão ou autorização. Porém com a inércia do Congresso Nacional para a implantação de tal reforma, outro instituto surgiu: as PPPs que são, como visto, modalidade de contratos de concessão que podem se dar na forma patrocinada ou administrativa. Surgindo, por conseguinte, o questionamento se este instituto poderá ser aplicado ao setor.

Cremos inicialmente que essa inércia causará problemas para a implantação/viabilização da PPP no setor postal. Afinal a possibilidade de um novo marco regulatório (PL n.º 1.491/99) cria incertezas no setor, além das incertezas já existentes em torna da natureza jurídica e do monopólio postal. Tudo isso será visto como riscos pelo parceiro privado. Afinal, a estabilidade de um marco regulatório é a aplicação consistente ao longo do tempo de regras básicas de forma a assegurar que se possa planejar a atividade e prever resultados futuros e isso não vem ocorrendo no setor postal.

Fora tal empecilho, tendo em vista a incapacidade do Estado em investimentos, a possibilidade de novas formas de administração, contenção de gastos e por entender que não existe um monopólio de direito por parte do Estado, além de entender que tal serviço se caracteriza como serviço público, somos levados a crer que a iniciativa privada possui um espaço jurídico para a exploração privada dos serviços postais, seja através da concessão, da permissão, da autorização, da franquia, da terceirização, da parceria público-privada ou qualquer outra forma, no entanto, o estado detém a obrigatoriedade de manter o serviço essencial e para tanto poderá o mesmo prestar o serviço através de empresas estatais ou não.

Assim, a princípio, as PPP deverão ser utilizadas nos casos em que a iniciativa privada não consiga amortizar os investimentos apenas pela cobrança de taxas ou tarifas por usuários, necessitando uma contraprestação do Poder Público. Caso se consiga amortizar os investimentos, terá o Poder Público, bem como a ECT, a discricionariedade, na escolha da forma de descentralização do serviço postal (art. 84, II da CF; art. 18, do Decreto-lei n.º 509/69 e art. 2.º, §3.º, da Lei n.º 6.538/78).

Sob todos os aspectos acima mencionados, somos levados a crer que assim como as demais formas de parcerias, as PPPs são possíveis de serem realizadas, podendo se implementadas em qualquer dos serviços de correios (postal, parapostal e de interesse social), em qualquer de suas fases (recebimento, expedição, transporte ou entrega), bem como em qualquer de suas redes de infra-estrutura, como centros de operações, pontos de venda de produtos, agências de correios, meios de transporte, etc..., dependendo, ao caso, do tipo de PPP, onde as patrocinadas, servem para a concessão de serviço ou obra pública, sendo este remunerado através de tarifa porém com uma contra prestação pecuniária do Poder Público à iniciativa privada (agência de correios poderão aqui se enquadrar) e as administrativas, servem para a prestação de serviço para a Administração Pública seja ela usuária direta ou indireta (centro de operações por exemplo).

Referências

- BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo. 4. ed. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Prefaciando a obra: WALD Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Serviço Postal: uma proposta de leitura do art. 21, X, da Constituição Federal de 1988. 2004, 235 f. Tese de Doutorado em Direito apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. Eficácia jurídica dos planos de desenvolvimento econômico. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 140, p. 16-35, abr/jun, 1980.

- MACALLOSS, Joaquim. O serviço postal e o privilégio exclusivo. Revista de Direito Público. São Paulo. a. XVI, n. 68, out/dez 1983.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas e o financiamento das infra-estruturas. Fórum de Contratações e Gestão Pública, v. 3, n. 29, p. 3748-3749, maio 2004.
- _____. PPP: faltam iniciativas, não leis. Gazeta Mercantil, 09/09/2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MOREIRA, T. e CARNEIRO, M. C. F. A parceria público-privada na infraestrutura econômica. Revista do BNDES, v. 1, n. 2, p. 27-46, dez. 1994.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Prospectivas na implantação do sistema de Parcerias Público-Privadas (PPP). Informativo de Licitações e Contratos, n. 12, p. 1019- 1118, dez, 2003.
- MUKAI, Toshio. Parceria público-privada. Solução para grandes projetos públicos municipais. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, v. 3, n. 13, p. 1352-1353, jan/fev, 2004.
- OLIVEIRA, Gesner. PPP não é panacéia. Folha de São Paulo. Dinheiro, 20.03.04, p. B2.
- PASCUAL, Juan José Montero. La liberalización de los servicios postales. Madrid: Trotta, 2005.
- PASIN, Jorge Antônio Bozoti. BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A nova definição de parceria público – privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.10, n. 20, p. 173-196, dez. 2003.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Da Reforma Administrativa Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 375.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das Concessões. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- _____. Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Direito administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e Contrato Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994.
- VERDEGAY, E. e FISCOWICH, E. Historia del correo desde sus orígenes hasta nuestros días. París-Valencia: Facsímil, 1894.
- WALD Arnoldo. MORAES, Luiza Rangel de. WALD, Alexandre de M. O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.