

A QUESTÃO DO MONOPÓLIO DOS CORREIOS E A ADPF 46-7

*Julian Nogueira de Queiroz**

Resumo: Dentre as formas de intervenção do Estado no domínio econômico destaca-se a intervenção por absorção, que consiste na formação de monopólios em prol de determinadas atividades de atribuição exclusiva da União. Neste cenário, discute-se se o monopólio criado na égide da Constituição passada para o serviço postal e o correio aéreo nacional, desempenhado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, fora, de fato, recepcionado pela legislação constitucional ora vigente, questão que foi posta à análise do Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 46-7 cujos contornos envolvem, dentre outros aspectos, o enquadramento do serviço postal como serviço público, bem como o enquadramento constitucional das normas que atinam à matéria.

Palavras-chave: Monopólio. Serviço Postal. Correios. Jurisdição Constitucional.

Abstract: Among the forms of state intervention in the economic field stands out the intervention by absorption that consists in the formation of monopolies in favor of certain activities of the Federal government. In this scenario, it is argued that the monopoly created under the auspices of the passed Constitution to the postal service and national air mail, played by the Brazilian post and Telegraph company called “Correios”, was in fact, receptioned by the constitutional law. That issue was put into analysis of the Brazilian Supreme Court, through the judgment of ADPF 46-7, which contours involve, among other things, the framework of the postal service as a public service, as well as the constitutional framework of the rules that are related to the subject.

* Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Professor de Direito Econômico do UNIPÊ. Advogado.

Keywords: Monopoly. Postal Service. Telegraph Company. Constitutional Jurisdiction.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar o “monopólio”¹ da União sobre o serviço postal (nos termos do disposto no art. 21, inciso X, da Constituição Federal de 1988²), exercido por intermédio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (doravante mencionada apenas como Correios), bem como a legislação pertinente à matéria e as repercussões provenientes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 46-7, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Para tanto, propõe-se partir de uma visão tangencial acerca do fenômeno da intervenção estatal no domínio econômico, para, em seguida, adentrar especificamente na questão do serviço postal, com foco na referida ADPF. Ressalta-se, contudo, que não se tem, com este trabalho, o intuito de deixar sepultadas todas as controvérsias surgidas com a aludida temática, mas, tão somente, de contribuir, ainda que de maneira singela, com mais uma opinião a respeito do assunto.

Dito isso, iniciaremos o nosso discurso com a temática referente à intervenção do Estado na economia, requisito considerado indispensável para uma melhor compreensão do objetivo proposto.

¹ Deve-se frisar, ainda que preliminarmente, que a expressão “monopólio” somente deve ser usada para identificar atividades econômicas que são prestadas com exclusividade por algum agente, não valendo a nomenclatura para prestação, de forma exclusiva, de serviços públicos. Estes, quando são desempenhados a título de exclusividade, recebem a adjetivação de “privilégio” e não monopólio. Contudo, uma vez feito o registro, valemo-nos da expressão monopólio para referir-se a ambas as atividades (atividades econômicas e serviços públicos), uma vez que essa é a concepção (embora não técnica) usualmente conhecida em linguagem corrente.

² Art. 21 - Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

2 Breves considerações sobre a intervenção estatal no domínio econômico

2.1 Panorama histórico

É sabido que o Estado, desde sua formação original, através dos movimentos nacionalistas e as chamadas monarquias absolutistas, tem alterado sua estrutura para atender às necessidades sociais e econômicas que evoluem de acordo com a dinâmica da sociedade. Presenciamos, no curso da história, uma evolução (evidentemente lenta e gradual), de um modelo estatal intensamente intervencionista, caracterizado pela soberania das monarquias absolutas, para um arquétipo de Estado pautado em políticas ditas “liberais”, nas quais se pregava a total abstenção do Poder Público na seara econômica.

Essa filosofia econômica, inculpada nos moldes do pensamento smithiano do *laissez faire laissez passer*, acabou influenciando as primeiras grandes codificações modernas registradas pela história, a saber, o Código Civil e o Código Comercial francês, de 1804 e 1808, respectivamente, que traziam normas tendentes a proteger a autonomia absoluta da propriedade privada, bem como a irreversibilidade das normas contratuais (*pacta sunt servanda*), a fim de prestigiar, em caráter soberano, a autonomia da vontade, livre da intervenção estatal. As primeiras constituições que surgiram nesse período, dentre as quais podemos destacar a nossa primeira Carta republicana, de 1891, também trouxeram essa característica³, ou seja, eram textos constitucionais que não se preocupavam com a atuação do Poder Público sobre as relações econômico-privadas, mas, ao contrário, limitavam a atuação estatal no domínio econômico.

³ Nesse sentido, esclarecedora é a lição de João Bosco Leopoldino da Fonseca, ao acentuar que, na égide do liberalismo econômico, a Constituição de 1988 assegurava a plena liberdade de contratar, sem que ninguém pudesse impugnar, sob pena de violar a autonomia da vontade das partes, bem como a plenitude do direito de propriedade, nos termos do art. 179 daquele diploma constitucional. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 6. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010, p. 77.

Essa estrutura de Estado, no entanto, passou a demonstrar pontos de instabilidade (daí a expressão “era da catástrofe” utilizada por Nicolau Costa Neto⁴). A abstenção do Poder Público fez com que o mercado passasse a reger suas próprias regras, sem regulação heterogênea cogente, ocasionando crises tanto no setor econômico (como exemplo, tem-se a crise de 1929) como no setor social (com a intensa manifestação social causada pelas excessivas jornadas e condições de trabalho às quais era submetido o proletariado)⁵.

Tais circunstâncias foram responsáveis por uma redefinição do antigo modelo estatal, que passou, então, a intervir de forma mais intensa na seara econômica e no campo social (exemplo disso são as Constituições brasileiras de 1934 e seguintes, que trazem, em seu corpo, regras sobre a ordem social e a ordem econômica). Nesse novo sistema, o Estado assume para si, quer seja por meio de monopólio, quer por regime de privilégio, o desempenho de determinadas atividades outrora deixadas ao livre exercício da iniciativa privada, nos moldes das leis do mercado, sendo, por isso, rotulado de Estado Social, Estado de Bem-Estar Social, ou Estado Pluriclasse⁶.

É nesse contexto que atividades como telecomunicações, transporte público, prestação de serviço de água e saneamento básico etc. passam a ser executados diretamente pelo Estado, quer por meio de seus órgãos da Administração central, quer por meio de empresas estatais especialmente criadas para o fim. A monopolização do serviço postal pelos Correios surge exatamente neste cenário, através da Lei 6.538/78⁷.

⁴ COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro. Direito e Neoliberalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003, p. 192.

⁵ TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 203-204.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 27.

⁷ Vale lembrar que, à época, vigia a Constituição de 1967-69, cujo art. 163 permitia a criação de monopólios por ato infraconstitucional.

Aludido arquétipo estatal (Estado Social), contudo, também passou a demonstrar sinais de insucesso, face à ampliação excessiva (ou, como denominam alguns, “agigantamento”) dos serviços executados em exclusividade pelo Estado, que resultou no aumento exacerbado da carga tributária para fazer frente à escassez de recursos proveniente do aumento na quantidade de atividades⁸. Além disso, os serviços públicos, considerados estes como as atividades tidas como indispensáveis para o atendimento das necessidades essenciais ou secundárias da sociedade, ou simples conveniência do Estado⁹, passaram a ser desenvolvidos de forma ineficaz, provocando a insatisfação dos administrados e redundando em mais uma crise social.

Referida crise, somada com a repressão econômica evidenciada pela crise do petróleo nos anos 70 do século passado, fez com que a estrutura do Estado fosse, mais uma vez, posta em discussão. Eis que surge a ideia de Estado regulador, como um novo sistema estatal no qual as atividades econômicas e os serviços públicos seriam transferidos (de volta) para a iniciativa privada, mas sob a constante supervisão do ente estatal concedente, que, para tanto, passou a valer-se de autarquias especiais, denominadas agências reguladoras (ou entidades administrativas independentes, conforme nomenclatura utilizada na França).

Esse o sentido da atual Carta de 1988, que passa a disciplinar a intervenção direta do Estado na economia, através das empresas estatais, somente em casos extremos (de comprometimento da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, nos termos do art. 173, da CF/88), valendo-se, como regra, a atuação estatal apenas como ente normativo e fiscalizador. Conforme Leonardo Vizeu Figueiredo¹⁰:

⁸FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004, p. 238.

⁹Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. Ed. Malheiros, São Paulo: 2004, p. 240.

¹⁰FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2012, p. 67.

Adotando uma postura característica de Estado Regulador, a Constituição da República veda expressamente ao Estado brasileiro a exploração direta da atividade econômica. Fácil verificar que houve, por parte do legislador constituinte, um abandono gradual do modelo intervencionista que vinha adotando a partir da Carta Política de 1934.

2.2 Modalidades de intervenção

Seguindo a doutrina de Eros Roberto Grau¹¹, quatro seriam as principais formas de intervenção estatal na ordem econômica, a saber: intervenção por participação, por absorção, por indução e por direção. Registre-se, por oportuno, que as duas primeiras modalidades interventivas consubstanciam, dentre as demais, as mais importantes para o entendimento da questão relativa à ADPF 46-7, motivo pelo qual, neste trabalho, limitaremos nossas considerações apenas às referidas espécies.

2.1.1 *Intervenção por participação*

Entende-se intervenção por participação o modelo de intervenção no qual o Estado atua ao lado do particular, explorando atividades econômicas em sentido estrito seguindo as mesmas regras atinentes às leis do mercado. Em outras palavras, o Estado despe-se de sua potestade suprema e age nas regras da livre iniciativa, participando da economia nos moldes dos demais empresários privados. É, em síntese, a atuação do Estado-empresário.

Nos termos da atual Carta, tal forma de intervenção somente pode ser exercida de maneira excepcional, desde que, ressalvados os casos previstos na própria Lei Maior, seja para atender os imperativos da **segurança nacional e relevante interesse coletivo** cujos conceitos devem ser definidos em lei, na dicção do art. 173 da Constituição Federal.

¹¹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124.

CF/88. 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.

A exploração dessas atividades é efetuada mediante empresas estatais, pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Indireta e cujas espécies são as empresas públicas e as sociedades de economia mista. As empresas públicas distinguem-se das sociedades de economia mista em função da forma de composição de seu capital social e em relação ao tipo empresarial utilizado: as primeiras são compostas por capital exclusivamente público e são livres na escolha da forma empresarial que se valem, ao passo que as segundas, além de admitir a participação de capital privado, somente podem revestir-se da forma empresarial de sociedade anônima.

Distinguem-se, ainda, em relação àquelas que fazem parte da administração indireta da União, no foro competente para o ajuizamento de suas demandas: enquanto as empresas públicas federais são demandadas na Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da CF, as sociedades de economia mista, ainda que federais, só podem ser demandadas na Justiça Comum Estadual, nos termos da súmula 42 do STJ¹².

A finalidade das empresas estatais, qualquer que seja sua espécie, consiste, além de explorar uma determinada atividade econômica (conforme acentuado acima), por meio da intervenção por participação, proceder à execução de determinados serviços públicos, recebendo, quando assim procedem, as mesmas prerrogativas referentes aos órgãos que compõem Fazenda Pública em geral.

Explica-se.

¹² Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento

As empresas estatais exploradoras de atividades econômicas se submetem a um regime jurídico híbrido, com normas de direito público e de direito privado, mas com preponderância da regra aplicável à iniciativa privada. Assim, devem, ilustrativamente, na contratação de funcionários, valer-se de concurso público, aplicando-se, neste particular, as regras da Fazenda Pública, mas não se beneficiam, por exemplo, para a satisfação de suas obrigações, do regime constitucional do precatório, uma vez que, nesse item, as regras que lhe são aplicadas são as da iniciativa privada.

Nos termos da Constituição Federal, em seu art. 173, §1^o¹³, cabe ao legislador ordinário criar a lei que estabeleça o estatuto jurídico das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, o qual deverá definir, dentre outras regras, em que áreas o direito aplicável seguirá o regime adotado pela Fazenda Pública ou o da iniciativa privada, sendo certo que aludidas entidades não podem receber benefícios ou privilégios do governo que não sejam igualmente extensíveis às demais pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do art. 173, § 2^o da CF/88. Ademais, referida norma, (que, até agora, ressalte-se, ainda não foi editada, em nítida mora do Legislativo brasileiro¹⁴), deve garantir que as empresas estatais recebam o mesmo

¹³ § 1^o - 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:

- I** - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II** - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III** - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV** - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V** - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

¹⁴ Vale salientar, por oportuno, que a Emenda Constitucional n. 19, que alterou a redação do supramencionado art. 173, dispôs, em seu art. 26, que as

tratamento conferido à iniciativa privada no tocante às suas obrigações civis, trabalhistas, comerciais e tributários, nos termos do inciso II, do § 1º do art. 173 da CF.

Já em relação às estatais que **executam serviços públicos**, a exemplo dos Correios, existe uma nítida inclinação por parte do Supremo Tribunal Federal em reconhecer que a elas devam ser aplicadas as normas atinentes àquelas dispensadas à Fazenda Pública em geral, dentre as quais se destacam a impossibilidade de penhora de seu patrimônio (Recurso Extraordinário 589025/SP), a sua submissão ao sistema de pagamento mediante precatórios (Recursos Extraordinários nos. 225011, 20906 e 23051)¹⁵, e sua inserção no quadro das imunidades tributárias recíprocas, previstas no art. 150, §1º, IV, da CF (Ação Civil Originária 1.226/STF).

Assim, para tais estatais, o regime jurídico aplicável, embora híbrido, tende a ser pautado (ao menos jurisprudencialmente) por normas pertinentes ao regime jurídico de direito público, equiparando as empresas estatais (ao menos as que prestam serviços públicos) a verdadeiras autarquias, numa interpretação mais abrangente da norma constitucional.

entidades da administração indireta, dentre a quais se enquadram as empresas estatais (conforme previsto no art. 4º, inciso II, do Decreto-lei 200/67), teriam seus estatutos revistos no prazo de dois anos, a contar da publicação da aludida emenda (em 05/05/1998), a fim de adaptar sua natureza jurídica, tendo em conta a finalidade e as competências efetivamente executadas.

¹⁵ Embora deva se salientar que, neste último item, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 599.628, decidiu que as empresas estatais, ainda que prestadoras de serviços públicos, não devem se beneficiar do sistema constitucional de precatórios, uma vez que tal regime, previsto no art. 100 da CF, deve ser interpretado de forma restritiva, somente se estendendo aos entes da Fazenda Pública integrantes da administração direta e, em relação aos da administração indireta, às autarquias e às fundações públicas, excluindo-se, portanto, as empresas estatais. Embora o *leading case* em questão esteja relacionado com a empresa Eletronorte, pensamos que a decisão da Corte pode facilmente ser aplicada a qualquer outra estatal, como os Correios.

2.2.2 *Intervenção por absorção. Os monopólios*

Por absorção deve-se entender a modalidade de intervenção estatal na economia na qual o Estado toma para si a consecução de determinada atividade, sem franqueá-la o uso à iniciativa privada, especialmente por meio de monopólios.

Os Correios são fruto desse tipo de intervenção, pois afinal consistem em empresa pública federal, criada pelo Decreto-Lei 509/69 especificamente para desempenhar um serviço público exclusivo da União, ou seja, o serviço postal.

Contudo, se é certo que essa atividade não constitui a única hipótese de atuação monopolística prevista pela Carta em prol da União, é igualmente certo que o setor não sofreu as mesmas flexibilizações vivenciadas nos outros campos nos quais a atuação da União é semelhantemente prestada via monopólio, tal como o setor de petróleo e telecomunicações.

Vale uma explanação mais detida.

No texto originário da Constituição de 1988, a prestação do serviço de telecomunicações somente poderia ser efetuada por intermédio da União, ou empresa concessionária cujo controle acionário pertencesse ao Poder Público, sem previsibilidade de outorga à iniciativa privada.

Eis a redação originária do art. 21, inciso XI, da Carta de 1988:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, **diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal**, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União. (destacamos)

No mesmo sentido era a previsão constitucional em relação à exploração de petróleo, conforme redação primitiva do art. 177, §1º, da Carta:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, **sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação**, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º. (Grifos nossos).

Após a aprovação das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, ambas de 1995, a Constituição, inspirada no espírito do Estado Regulador, passou por um processo de flexibilização nesses setores, passando a permitir a participação da iniciativa privada na exploração de tais serviços, e estabelecendo a obrigatoriedade da criação de agências reguladoras para fins de proceder à fiscalização dos mesmos, a saber, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e a Agência

Nacional do Petróleo (ANP), instituídas pelas Leis 9.472 e 9.478, ambas de 1997.

Eis a redação atual do texto, após as emendas referidas:

Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, **diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão**, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, **a criação de um órgão regulador** e outros aspectos institucionais. (Grifos nossos).

Art. 177. Constituem monopólio da União:

§ 1º A União **poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo** observadas as condições estabelecidas em lei. (Grifos nossos).

Aludida flexibilização, todavia, não foi estendida ao setor de serviço postal e correio aéreo nacional (basta visualizar que a redação do art. 21, inciso X, CF/88 ainda é a mesma, desde seu texto original), concluindo-se, em função disso, que o monopólio legal dos Correios, nos moldes da Lei 6.538/78, permanece inalterado. Essa questão foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7 cujos contornos serão elucidados em seguida.

3 A questão do serviço postal e a ADPF 46-7

O serviço postal foi estabelecido atividade de monopólio da União por meio da Lei 6.538/78 cujo art. 2º estabelece que:

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

Vislumbra-se, da análise do dispositivo, que, diferentemente do que se estabeleceu no setor de telecomunicações e petróleo, após as Emendas Constitucionais alteradoras, inexistiu previsão de outorga, seja por autorização, concessão ou permissão, da consecução do serviço postal pela iniciativa privada, devendo tal tarefa ser prestada, com exclusividade, em sistema de privilégio¹⁶, por empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações.

Trata-se da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), os Correios, criada por meio do Decreto-lei 509/69, que transformou o antigo Departamento dos Correios e Telégrafos em empresa pública federal vinculada ao Ministério das Comunicações e cujo art. 2º, inciso I estabelece ser competência da ECT executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional.

Fato é que, após a CF/88, existiu, na doutrina, uma polêmica acerca da manutenção do monopólio da União, em relação ao serviço postal, pois, em que pese o art. 21, inciso X, que estabelece ser da competência do referido ente federativo explorar o serviço postal e o correio aéreo nacional, nada ter se referido acerca da possibilidade de outorga do serviço em destaque à iniciativa privada, não estabeleceu de forma expressa que a exploração do mesmo pudesse ser concretizada com exclusividade pela União.

Em junho de 2005, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ADPF n. 46-7, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, questionando a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/78, que estabelecia o regime de monopólio das atividades postais pelos Correios. Sustentava-se, na ação, que tal norma infringia os princípios constitucionais da livre concorrência, livre iniciativa, liberdade do exercício de qualquer trabalho e profissão, bem como o princípio livre exercício de qualquer atividade econômica, previstos nos art. 5º e 170 da CF/88.

Além disso, arguia-se que, após a Carta, a atuação estatal sobre tais atividades somente seria possível de maneira subsidiária,

¹⁶ Ver nota n. 1.

nos termos do art. 173, devendo o Estado limitar-se ao exercício da fiscalização e da regulação econômica, nos moldes do art. 174 do Texto Maior.

Questionou-se, também, a permanência do monopólio da União sobre a exploração do serviço postal, pois o legislador constituinte positivou na Carta Magna, de maneira expressa, as atividades que fazem parte do monopólio da União, a exemplo do art. 177, cujo rol não envolve, como visto, a atividade prestada pelos Correios.

Duas considerações devem ser tomadas acerca da matéria.

A primeira, a polêmica de se inserir o serviço postal como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, visto que, se de atividade econômica se tratar, não haveria espaço para a exploração do setor, pelo Estado, sem que fossem observadas as premissas traçadas no art. 173 da Constituição. De outra banda, se de serviço público se trata (e, ao que indica, parece ser a tese que tem prevalecido na jurisprudência do STF, conforme ACO 765/RJ), sua exploração deve ser feita diretamente pelo Poder Público, facultando-se a descentralização para a iniciativa privada, por meio de concessão ou permissão (conforme art. 175 da CF).

A segunda, a questão de, em se tratando de serviço público, haver necessidade de lei específica definindo-a como tal¹⁷, estabelecendo, inclusive, os parâmetros para eventual descentralização na consecução do serviço, uma vez ser indubitável que a Constituição, no próprio art. 175¹⁸, determina a possibilidade de outorga, sempre através de licitação, da prestação de serviços públicos a concessionários e permissionários, fato que, incontestavelmente, não ocorreu com relação ao serviço postal.

¹⁷ Adota-se, como se percebe, a corrente positivista de definição de serviço público. Para maior aprofundamento, conferir Fernando Herren Aguillar, **Direito econômico** – do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁸ Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

No caso da ADPF, prevaleceu a tese sustentada pelo então ministro Eros Roberto Grau, no sentido da improcedência da ação. Ao primeiro argumento (ou seja, discussão sobre a possível violação aos princípios constitucionais econômicos e enquadramento do serviço postal como atividade econômica), esclareceu o ministro tratar-se de serviço público, sendo, pois inaplicáveis os princípios constitucionais que regem as atividades econômicas em sentido estrito, insculpidos no art. 170 da Carta.

Já em relação à atuação subsidiária do Estado no campo econômico, entendeu-se ser insuficiente tal precariedade de intervenção para solucionar os conflitos da realidade nacional, os quais exigiam um Estado forte e apto a garantir a todos a existência digna, e, portanto, insusceptível de substituição pela sociedade civil.

Em relação ao segundo argumento (regime de concessões e permissões), entendeu-se que:

[...] os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos implicam que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde essa prestação, haja vista que exatamente a potencialidade desse privilégio incentiva a prestação do serviço público pelo setor privado quando este atua na condição de concessionário ou permissionário¹⁹.

Ficou assentado, ainda, que:

[...] a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF afirmasse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal como o fez em relação à saúde e à educação, que são serviços públicos, os quais

¹⁹ Informativo 554, de agosto de 2009, do STF.

podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão por estarem excluídos da regra do art. 175, em razão do disposto nos artigos 199 e 209.

A redação desses artigos estabelece ser a assistência à saúde e o ensino livres à iniciativa privada.

Nesta assentada, ficou vencido o voto do ministro Marco Aurélio, relator, que dava total procedência a ação, e os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, os quais o julgavam parcialmente procedente,

[...] para fixar a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitar-se-ia ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/78, não abrangendo a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos.²⁰

Em que pesem os fortes argumentos que levaram ao prevailecimento da tese sustentada pelo voto vencedor, entendemos que o monopólio dos Correios sobre o serviço postal, especialmente após a CF/88, não poderia permanecer. Isto porque, nos moldes do art. 21, X, da Lei Maior, não existe previsão expressa de que as atividades lá descritas podem ser executadas com exclusividade pela União, nos moldes do que o mesmo dispositivo prevê em relação a outras matérias²¹.

²⁰ Informativo 554, de agosto de 2009, do STF.

²¹ No mesmo sentido, FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fevereiro/março/abril 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28 fev.2012.

Cite-se, por exemplo, o inciso XXIII do artigo em questão, que estabelece expressamente ser monopólio estatal sobre pesquisa, lavra, enriquecimento e reprocessamento, industrialização e comércio de minério nucleares e seus derivados, permitindo-se, contudo, a comercialização e a utilização de radioisótopos para pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais, bem como a comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas, mediante permissão do Poder Concedente.

Ademais, se se está diante de um serviço público, tal como preconizado no voto condutor (bem como em outras manifestações do STF), deveria a ECT se submeter, após a CF/88, ao procedimento licitatório previsto no art. 175, pois, embora seja empresa pública pertencente à União, não há celebração de contrato de concessão ou permissão firmado entre ela e o Poder Público instituidor, ao menos até o presente momento.

4 Considerações finais

A intervenção estatal no campo econômico, seja via participação, por meio das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, seja via absorção, através da criação de monopólios, deve, nos moldes do novo espírito neoliberal regulador que inspirou as principais reformas constitucionais na década de 90 do século passado, limitar-se a casos ou situações excepcionais, deixando que o desempenho de muitas atividades prestadas com exclusividade pelo Estado sejam realizadas, sob os auspícios da livre concorrência e da livre iniciativa, pela iniciativa privada.

A atual concepção de Estado Regulador, objeto de intensa normatização pela Constituição Federal de 1988, demanda que o Poder Público se abstraia da intervenção direta no campo econômico e se restrinja a exercer as funções de regulação, fiscalização e planejamento, dirigindo o curso da economia por intermédio de políticas públicas e incentivos governamentais ou através da atuação das dezenas de agências reguladoras especialmente instituídas para este fim.

AADPF 46-7 permitiu que a mais alta Corte do país inclinasse a nação nesse sentido, pois lhe possibilitou restringir, através do julgamento do referido remédio constitucional, o alcance de um dos setores monopolísticos mais relevantes para a sociedade, para fins de permitir que a iniciativa privada nela pudesse atuar, segundo os parâmetros das regras de mercado.

A história nos mostra que tal experiência tem mostrado êxito em relação a outras áreas, como telecomunicações, energia elétrica, petróleo etc., e, em relação ao serviço postal, sem dúvida ganharia mais o usuário do serviço, que poderia ter, caso julgada procedente a ADPF, a faculdade de optar na escolha de uma dentre várias empresas que certamente se lançariam nesse novo mercado, o que geraria desenvolvimento econômico e melhora na qualidade do serviço em prol do consumidor.

Poder-se-ia, inclusive, instituir uma agência reguladora específica para a fiscalização do setor (alguma “Agência Nacional de Correios”, ou algo parecido), ou tal função ser exercida pela própria ECT, respeitando-se, assim, o comando constitucional insculpido no art. 21, inciso X, da Carta Magna, vez que não retiraria da União a atribuição de exercer o serviço postal e o correio aéreo nacional, apenas alteraria a sua forma de atuação: ao invés de intervenção direta, como sucede atualmente, seria intervenção indireta, por meio da regulação econômica.

No entanto, tais ponderações talvez passaram despercebidas pelos eminentes ministros, na linha do voto condutor do então Ministro Eros Roberto Grau, que preferiram manter, ao julgar improcedente a ADPF 46-7, com a ressalva do voto do Ministro Marco Aurélio, o monopólio dos Correios, restringindo o alcance da Lei 6.538/78 apenas em relação aos seus aspectos penais.

Dessa forma, somente nova emenda constitucional pode modificar o quadro em exame, alterando a redação do art. 21, inciso X, da Lei Maior, a fim de permitir também, ainda que via autorização, permissão ou concessão, a atuação da iniciativa privada na exploração do setor. Nada obstante, ainda que pensemos ser essa a solução mais

viável, certamente tal alteração não ocorrerá, fato que significa, sem dúvida, um retrocesso econômico e social.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro. Direito e Neoliberalismo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 40, n. 160, out./dez. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. A questão do monopólio na Constituição da República Federativa do Brasil e o setor postal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, fevereiro/março/abril 2009. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 28.02.2012 >.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Reflexões sobre a Prestação de Serviços Públicos por Entidades do Terceiro Setor. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 238, out./dez. 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.



Revista Direito e Desenvolvimento – a. 3, n. 5, janeiro/junho 2012

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

TURCZYN, Sidnei. O direito da concorrência e os serviços privatizados. In: SUNDFELD, Carlos Ari (organizador). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.