

A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O SETOR POSTAL

Prof. Leonardo Vizeu Figueiredo

Procurador Federal lotado junto à Comissão de Valores Mobiliários. Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ. Especialista em Direito do Estado pelo CEPED/UERJ. Mestrando em Direito Constitucional pela UGF/RJ. Professor Palestrante da EMERJ. Professor da Universidade Santa Ursula – RJ. Professor do Centro Universitário Plínio Leite - RJ.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a questão do monopólio dentro dos atuais preceitos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, face às controvérsias, doutrinárias e jurisprudenciais, atualmente estabelecidas em torno do Setor Postal. Para tanto, inicia com uma rápida apresentação da evolução Ordem Econômica brasileira, estudando as formas pelas quais o Estado brasileiro se posicionou economicamente ao longo do século XX. Ato contínuo, analisar o atual mosaico constitucional referente à Ordem Econômica, a fim de estabelecer os atuais setores de atuação do Estado, bem como a diferenciação entre a exploração de atividade econômica e a prestação de serviços públicos. Em seguida, delinea as formas pelas quais a Constituição legitima a intervenção do Estado na Ordem Econômica, apresentando, especificamente, o tratamento legado ao monopólio no atual texto constitucional para, enfim, enfrentar a questão do Setor Postal.

ABSTRACT: This article aims to explore the issue of monopoly within the current requirements established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, given the controversies, doctrinal and jurisprudential, currently set on the Postal Sector. For both, start with a quick presentation of the evolution Order Brazilian economy, studying the ways in which the Brazilian state positioned itself economically over the twentieth century. Act continued to analyze the current constitutional mosaic on the economic, to establish the current state of sectors of activity and the differentiation between the exploitation of economic activity and provision of public services. Then outlines the ways in which the Constitution legitimates the intervention of the State in Economic Order, stating, specifically, the treatment the legacy monopoly current constitutional text in order, finally, address the issue of the Postal Sector.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ORDEM ECONÔMICA NACIONAL¹

A evolução da ordem econômica nacional apresenta-se de forma peculiar. Até a ascensão a Reino Unido, a colônia brasileira apresentava economia extrativista

¹BUENO, Eduardo. Brasil: Uma História – A Incrível Saga de um País, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2003.

e escravocrata. Posteriormente, com o surgimento do Império continuamos a adotar uma economia agrária, voltada para o mercado exterior, baseada em mão-de-obra escrava. Ressalte-se que, presenciamos, no reinado de Pedro II, um movimento de industrialização com Irineu Evangelista de Souza (Visconde de Mauá), o qual não contou com o apoio do Poder Central, sendo logo abafado. Assim, a economia nacional ficou relegada, tão-somente, ao mercado agrário e pecuário, inclusive, após o declínio da Monarquia e nos primeiros anos de vida da República (política do café-com-leite).

Com a ascensão de Getúlio Vargas e o Estado Novo, o movimento de industrialização nacional foi retomado, mediante implementação de indústrias de base, ficando, todavia, sob responsabilidade do Estado, uma vez que a iniciativa privada brasileira concentrava esforços unicamente no campo. Em 1934 é criado o Departamento Nacional de Produção Mineral, sendo criados, ainda, o Conselho Nacional de Petróleo (1938), a Companhia Siderúrgica Nacional (1941) e a mineradora Vale do Rio Doce (1943), base para as três maiores vertentes econômicas de um Estado, até então, fechado para investimentos estrangeiros.

Assim, a ordem econômica brasileira já nasceu estatizada, adotando-se um modelo de Estado Social, tendo em vista que o Poder Público atuava tanto na prestação dos serviços públicos essenciais, quanto no desenvolvimento e empreendimento da atividade econômica, fato que gerou o surgimento de diversas Empresas Estatais em setores econômicos precipuamente privados. Após o fim do Estado Novo, o Brasil deu ênfase à implementação de indústrias de bens de consumo, permitindo, para tanto, entrada de investimentos vindos do exterior.

Com Juscelino Kubitschek e seu Plano de Metas, o Estado focou esforços e investimentos nas áreas de transportes, energia, alimentos, indústria de base e educação, abrindo o mercado interno para o capital estrangeiro, mormente para aplicações em indústrias de base, de cimento e de bens de consumo duráveis.

Todavia, a captação de recursos no exterior para financiar o Plano de Metas gerou uma forte crise inflacionária, a partir de 1958, agravada nos anos posteriores, mormente com o regime de exceção implantado em 1964, cuja ausência de uma política de desenvolvimento econômico sustentável, aumentou sobrejamente a dívida externa, bem como o déficit nas contas do Estado.

Assim, no Brasil, a experiência histórica repetiu-se e, amiúde, vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, tais como: a economia globalizada, o enfraquecimento do Estado em relação ao seu poder indutor na sociedade, a exaustão financeira do Erário, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a desestatização da economia, dentre outras.

Com a queda do Governo Militar e o movimento de redemocratização nacional, passamos a adotar uma política de desestatização econômica, adotando uma forma de Estado Regulador (art. 174, CRFB), que tomou força no Governo Collor com a privatização de diversas estatais, retirando a participação

do Estado de diversos setores econômicos, agora considerados estranhos à Administração Pública.

Isto porque, o modelo intervencionista social adotado no caso brasileiro, igualmente, revelou-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Destarte, mister se fez e ainda se faz a gradual devolução das atividades que ainda são prestadas pelo Poder Público à iniciativa privada. Observe-se que, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico, sendo inaugurado pela Lei nº 8.031, de 1990.

A transferência das funções de utilidade pública do setor estatal para o privado, ampliando o leque de atuação deste, com os fenômenos da publicização (o chamado terceiro setor ou setor público não-estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulamentação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica. A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo, mas uma mudança de parâmetros no foco estatal.

Isto porque, tal mudança de paradigma fez com que o Poder Público focasse esforços em suas vertentes reguladora e fiscalizadora, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, bem como com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo Poder Público.

Tais funções são, atualmente, desenvolvidas pelos diversos entes reguladores de mercados econômicos e setores de relevante interesse coletivo, bem como pelas autoridades antitruste que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a saber, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, a Secretaria de Defesa Econômica – SDE e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

2. EVOLUÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO CONSTITUCIONAL PÁTRIO

A Carta Imperial do Brasil (1824), inspirada na Carta francesa de 1814, estabeleceu o direito à propriedade material e intelectual, assegurando o livre exercício de atividade profissional, desde que não atentasse aos costumes públicos (art. 179 e incisos).

A Carta Republicana de 1891 trouxe à lume o direito à liberdade de associação (art. 72, § 8º), com o fim de consagrar o livre exercício profissional,

tendo cunho nitidamente liberal. Observe-se que, na vigência desta Constituição, o Brasil adotou as primeiras medidas intervencionistas, de caráter literalmente incendiário no setor de produção agrícola cafeeira.

A Constituição de 1934 foi a primeira das Cartas Políticas nacionais que instituiu uma ordem econômica e social no direito constitucional (arts. 115 a 143), nitidamente influenciada pela Constituição alemã de 1919, norteando a economia nos princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

É de se ressaltar que, a Nação, com esta Carta, passou a adotar uma postura de Estado Intervencionista-Social, diante do quadro econômico internacional (depressão econômica mundial que afetou a economia nacional, baseada na exportação de café; crescimento internacional de políticas intervencionistas como o fascismo, o nazismo e o comunismo; derrocada do modelo de Estado Liberal).

Contudo, não há como lhe negar a presença liberal, uma vez que consagrava a livre-iniciativa e a liberdade de associação como princípios econômicos, sendo a primeira Carta que consagrou a liberdade de associação sindical.

A Constituição de 1937, influenciada pela Constituição polonesa de 1935, dedicou diversos artigos a ordem econômica, estabelecendo uma política intervencionista do Estado no domínio econômico (art. 135), tendo caráter nitidamente nacionalista, com concentração de poderes no Executivo. Igualmente consagra a liberdade de associação, inclusive para fins profissionais e sindicais.

A Constituição de 1946 consolidou a ordem econômica no Título V, estabelecendo inúmeras modificações em relação à Carta de 1937, uma vez que, apesar de ainda manter um caráter intervencionista, busca conciliar a iniciativa individual com o estímulo estatal, resguardando os direitos fundamentais, isto é, subordinava o exercício dos direitos individuais ao interesse da coletividade. Assim, harmoniza o direito de propriedade com o bem-estar da coletividade, bem como os interesses de empregados e empregadores com os valores de dignidade humana no trabalho. O art. 146 consagrava a intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com direito a monopólio de indústria ou atividade. Outrossim, inscreveu na ordem econômica e social, o princípio de que o uso da propriedade seria condicionado ao bem-estar social, e à lei caberia, com observância do art. 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade com igual oportunidade para todos (art. 147).

A Constituição de 24 de janeiro de 1967 manteve uma certa linha intervencionista, sem, contudo, definir um sistema econômico a ser adotado pelo Estado, ficando hesitante entre o intervencionismo e o neoliberalismo. Seu art. 157 consagra como princípios da ordem econômica a justiça social, o desenvolvimento nacional e a harmonização e solidariedade entre os fatores de produção. Por sua vez, dava ao Estado o direito à intervenção, inclusive monopolista, no domínio econômico para garantir a competição e a livre-iniciativa.

Ressalte-se que, não houve solução de continuidade em relação às conquistas de 1946, pois, além de ter previsto a desapropriação por interesse

social (art. 150, § 22), para fins de reforma agrária (art. 157 e parágrafos), tornou a função social da propriedade princípio da ordem econômica (art. 157, III), regras que se reproduziram na Constituição Federal de 1988 (arts. 170, III; 184, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, e 186, I, II, III e IV).

Por sua vez, a emenda constitucional de 1969 acresceu ao princípio da justiça social a expansão das oportunidades e empregos, mantendo o direito do Estado em intervir no domínio econômico, inclusive com monopólio de atividade ou indústria, quando indispensável à segurança nacional ou para organizar determinado setor da economia, garantindo a livre iniciativa e a liberdade de concorrência.

3. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A partir da positivação da ordem econômica, sendo erigida a norma constitucional de caráter programático em diversas constituições durante o Século XX, podemos observar que, em que pese o caráter pessoal de valores sobre o qual se funda cada Carta Política, atendendo as peculiares necessidades de cada meio social, seus preceitos consubstanciaram-se em valores comuns, decorrentes dos diversos conflitos socioeconômicos que eclodiram, notadamente, durante o Século XIX.

Assim, novas correntes de pensamento foram surgindo, norteando o Direito, a fim de que este deixasse de se preocupar tão-somente com o indivíduo e passasse a defender o social e o coletivo, com o fito de assegurar respeito à dignidade da existência da pessoa humana, fundando-se em valores, até então, relegados a um patamar de pouca importância.

Por Ordem Econômica, conforme já visto, entende-se as disposições constitucionais estabelecidas para disciplinar o processo de interferência do Estado na condução da vida econômica da Nação.

Pode se dar tanto de forma direta, na qual o Poder Público avoca para si a exploração das atividades econômicas, quanto de maneira indireta, na qual o Estado atua monitorando a exploração das atividades geradoras de riquezas pelos particulares, intervindo quando se fizer necessário para normatizar, regular e corrigir as falhas de seu mercado interno, em prol do bem comum e do interesse coletivo.

A Constituição da República prevê, como regra, a intervenção indireta do Estado na Ordem Econômica, e, excepcionalmente, a intervenção direta, tão-somente, nas hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional. Ao Estado brasileiro, portanto, no que tange à seara econômica, é permitido atuar como agente normativo e regulador e, por meio dessas posições, exercer uma tríplex função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua

o art. 174 da Constituição de outubro de 1988, e como agente explorador de atividade econômica, no que se refere aos casos de monopólio constitucional (art. 177 da CRFB), bem como nas hipóteses de exploração concorrencial com o particular (art. 173 da CRFB).

Atualmente, na ordem constitucional vigente, o art. 170, *caput*, a seguir transcrito, assim dispõe:

*“Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na **livre-iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios: ...”* (Grifamos).

De tal leitura depreende-se a riqueza do dispositivo, que traz em seu bojo normas relativas ao fundamento, à finalidade e aos princípios da ordem econômica, além de nortear sua compreensão. Nessa perspectiva, Eros Roberto Grau inferiu duplo sentido à expressão “ordem econômica”, ora entendendo-a, numa visão subjetiva e com base no artigo antes descrito, como *ser*, ou seja, como um conjunto de relações econômicas, e ora, objetivamente e no foco do art. 173, § 5º, da CRFB, como *dever-ser*, isto é, como um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras dessas relações.

4. INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO BRASILEIRO NA ORDEM ECONÔMICA

Atualmente, dado ao descrédito no potencial empresário do Estado, a Constituição da República Federativa do Brasil torna defeso ao Poder Público a exploração direta de atividade econômica, excepcionando, tão-somente, os casos que se revelem imperativos à segurança nacional, de relevante interesse coletivo, bem como de monopólio constitucional, a teor do disposto nos arts. 173 e 177, da CRFB.

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.

É de se ressaltar que, embora a atual Constituição não admita mais o irrestrito intervencionismo do Estado para estabelecer monopólio de qualquer atividade econômica ou mesmo um movimento estatizante da Ordem Econômica Nacional,

não há que se falar em economia de mercado pura, o que aliás não existe em nenhum Estado do mundo.

Por intervenção direta do Estado na economia há que se entender a possibilidade da exploração da atividade econômica diretamente por parte deste. Por sua vez, como veremos adiante, por intervenção indireta do Estado entende-se a atuação deste como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A atual Carta Política estabelece que é defeso ao Estado a exploração direta da atividade econômica, excepcionando, tão-somente, nos casos eventuais em que se configure imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

“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”.

Assim, fica claro que, a intervenção material do Poder Público em qualquer atividade econômica se dará apenas em caráter excepcional e subsidiário, não estando mais o Estado habilitado pelo mandamento constitucional a retirar dos particulares a iniciativa da exploração da economia. Destarte, a ação estatal no âmbito da economia só será justificada quando os particulares não possam ou não queiram intervir, ou, ainda, quando se fizer necessário, para salvaguardar os interesses da República e, por corolário, de toda a sociedade que ela representa.

Outrossim, a prestação de serviços públicos encontra-se situada no capítulo referente à Ordem Econômica, a teor do disposto no art. 175, fato que impele, antes do início do estudo deste tópico, à análise e classificação dos diversos setores de atuação e atendimento das necessidades sócio econômicas da Nação, bem como das atividades econômicas em face dos serviços públicos.

4.1 SETORIZAÇÃO DAS ATIVIDADES SÓCIO-ECONÔMICAS DA NAÇÃO

Atualmente, dada à nova configuração oriunda do modelo de Estado Regulador, mormente no que tange ao atendimento das necessidades públicas e coletivas, bem como a instrumentalização e realização destas, podemos setorizar as áreas de atuação do Poder Público, que, não raro, apresentam zonas de interseção com as entidades privadas, na efetivação do bem comum. Observe-se que, o modelo de engenharia política do Estado Regulador prima pela realização do bem-estar social tanto pelo Poder Público, quanto pelo particular, muitas vezes em caráter concomitante, aproximando-se os regimes jurídicos de prestação de tais atividades de forma eclética, permeando-os de valores e traços

característicos tanto do direito público, quanto do direito privado.

Assim, propõe-se o seguinte critério de classificação não do serviço público propriamente dito, mas das áreas de atividade de atendimento das necessidades públicas e coletivas, agrupando-as nos setores a seguir listados:

- a) *Setor de planejamento político*: corresponde aos Poderes Constituídos da República, com expressa previsão e competências delineadas na Constituição. É o setor que goza de legitimidade e representatividade popular, sendo responsável pela produção legiferante (via Casas Legislativas), pela propositura, implementação e garantia de observância das políticas públicas do Estado (via Chefe do Executivo), bem como pela atividade de guarda e jurisdição constitucional (via Corte de Constitucionalidade). Tais tarefas são realizadas, em âmbito federal, pelos seguintes órgãos independentes: Congresso Nacional (Câmara de Deputados e Senado Federal), Presidência da República e Supremo Tribunal Federal (este quando do exercício da jurisdição constitucional concentrada e abstrata). Por se tratar de atividades inerentes à Soberania Nacional, bem como ao processo de condução política da Nação, tais atividades são exclusivas do Estado, sendo prestadas em regime de direito público.
- b) *Setor de atividades estatais típicas*: é o setor que goza de vínculo permanente e estatutário (legal) com o Estado, para a realização de atividades correspondentes ao exercício do poder estatal explícito e extroverso, mormente poder de polícia administrativa. Tais atividades são exclusivas do Estado, não cabendo transferência destas ao particular, seja por delegação, seja por desestatização. Fazem parte deste setor a Jurisdição Ordinária, as Funções Essenciais à Justiça (Advocacia Pública da Sociedade – via Ministério Público, do Estado – via Procuradorias, e do necessitado – via Defensorias Públicas), os serviços de Forças Armadas e Auxiliares, de arrecadação e fiscalização tributária, de Diplomacia. Por razões de segurança nacional, tal setor rege-se, exclusivamente, por regime de direito público.
- c) *Setor de atividades de utilidade pública*: corresponde ao setor de atividades de interesse público e coletivo não-estatais, isto é, serviços que não são exclusivos do Estado, uma vez que não se tratam de sua atividade fim, mas de sua atividade meio, podendo, portanto, ser transferidos ao particular via delegação ou desestatização. Podemos citar a área de saúde e de ensino cujo próprio texto constitucional admite a exploração concomitante pelo Poder Público e pelo particular, bem como atividades de assistência social e diversas outras cujo atendimento coletivo se admite tanto pelo Estado, quanto por organizações privadas da sociedade, mediante contrato de gestão (Lei nº 9.637/98), termo de parceria (Lei nº 9.790/99) ou por pura filantropia. Tal setor pode ser regido tanto pelo direito público, quanto pelo direito privado.
- d) *Setor de atividades privadas típicas*: é o setor que engloba atividades tipicamente privadas de produção, circulação e consumo de bens e serviços para o mercado, de cunho eminentemente econômico. Por tais razões, este setor é explorado preferencialmente pelo particular e apenas subsidiariamente

pelo Estado, dentro dos ditames excepcionados no texto constitucional para tanto (arts. 173 e 177 da CRFB). Citem-se, por exemplo, as atividades bancárias, securitárias, de circulação de valores mobiliários, de suplementação privada da assistência à saúde, de corretagem imobiliária, dentre outras. Ressalte-se que, mesmo quando a exploração da atividade se dê pelo Poder Público, este deverá fazê-lo sob regime de direito privado, e em caráter concorrencial com o particular, quando não atuar sob regime de monopólio constitucionalmente estabelecido.

Cumpra-se, por oportuno, que, a nomenclatura ora adotada não se confunde com a utilizada para segmentar a organização da sociedade civil da forma a seguir delineada, que não guarda relação específica com as atividades de interesse comum: a) primeiro setor: Estado; b) segundo setor: agentes econômicos que operam legalmente no mercado formal; c) terceiro setor: organizações não-governamentais e sem fins lucrativos; d) quarto setor: particulares que atuam de maneira informal no mercado, à margem das leis e do Poder Público.

4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS

Por atividade econômica entende-se todo o empreendimento envidado no sentido de se produzir, circular ou consumir bens, a fim de atender as necessidades coletivas e individuais da sociedade. Por sua vez, o ciclo econômico corresponde às etapas em que irão se criar os bens, colocá-los no mercado para se efetuar as trocas comerciais, bem como disponibilizá-los para consumo final.

Observe-se que, o atendimento das necessidades humanas pode se dar tanto por parte do particular, quanto por parte do Poder Público.

Por óbvio, o agente privado constituído sob a forma empresarial atua sempre no sentido de alcançar seus interesses próprios, vendo nas necessidades coletivas e individuais da sociedade uma forma de se obter lucro. Assim, quando participa do ciclo econômico seu objetivo imediato e principal é a persecução de resultados financeiros, que serão alcançados mediante o atendimento das necessidades da coletividade, por meio da venda de seus bens e produtos.

Por sua vez, o Estado tem por finalidade maior o atendimento dos interesses da sociedade, em especial as necessidades dos notadamente hipossuficientes, isto é, da parcela da população que, por qualquer razão que seja, não pode, por si, auferir renda e adquirir com o produto de seu labor os bens necessários para a subsistência.

Para tanto, atua sempre em regime de direito público, de modo a garantir o acesso universal aos bens que disponibiliza e, excepcionalmente, em regime de direito privado.

Isto porque, no que se refere ao mercado privado, o consumo de bens é estritamente ligado à capacidade econômica dos indivíduos. Em outras palavras, a aquisição de bens é diretamente proporcional ao poder de geração de renda do cidadão. Todavia, tal fato não se traduz no abandono do hipossuficiente por parte da sociedade civil, uma vez que esta se organiza juridicamente em torno do Estado, a quem incumbe conduzir o processo de redistribuição de renda e atendimento dos necessitados.

Assim, aqueles que, por si, possuem renda e podem adquirir os bens essenciais à vida, contribuem na arrecadação de receitas do Poder Público (princípio da capacidade contributiva), para que este disponibilize à parcela hipossuficiente da sociedade os bens necessários à existência digna.

Destarte, podemos conceber que a atividade econômica em sentido lato envolve tanto o atendimento das necessidades da sociedade pelo mercado privado, quanto pelo Poder Público. Este atua prestando serviços públicos à sociedade como um todo, notadamente ao hipossuficiente, ao passo que aquele atua explorando atividades econômicas em sentido estrito.

Assim, a teor das disposições constantes nos arts. 170, 173 e 175, todos da CRFB, podemos classificar as atividades econômicas em:

- a) atividade econômica em sentido estrito: Tratam-se de todas as atividades típicas do mercado, que envolvem a produção, circulação e o consumo de bens e serviços, sendo regidas exclusivamente pelas normas do direito privado. Observe-se que a oferta e aquisição dos produtos oriundos da exploração de atividade econômica em sentido estrito são restritas, tão-somente, à parcela da população com renda própria para tanto. Isto porque, a exploração destas atividades se orienta em princípios de direito privado e nas leis de mercado, não havendo como se impor aos agentes econômicos particulares atendimento caritativo e assistencialista às necessidades dos hipossuficientes. Estes, quando se fizer necessário, devem valer-se das políticas públicas de redistribuição de renda, de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais a serem implementadas pelo Poder Público (art. 3º, III, da CRFB). Tal fato não se traduz na volta ao liberalismo puro, uma vez que ao Estado compete normatizar, regular e planejar sua ordem econômica e seu mercado interno, conduzindo-os ao atingimento de metas socialmente desejáveis, nos termos dos arts. 174 e 219, ambos da CRFB. Some-se a isso que o próprio agente econômico tem funções sociais a desempenhar perante mercado e a coletividade. Todavia, o fim maior de realização da justiça social, objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, compete precipuamente ao Estado, que nada mais é do que a Nação juridicamente organizada em torno da Constituição e das leis. Assim, as atividades econômicas em sentido estrito, a teor do art. 173 da CRFB, são exploradas precipuamente pelo particular e subsidiariamente pelo Poder Público, somente nas hipóteses e exceções constitucionalmente previstas, devendo o mesmo, para tanto, estar previamente autorizado por lei, sempre em regime de direito privado e em caráter concorrencial com o particular.

b) **Serviços Públicos:** Por serviços públicos entende-se toda a atividade prestada para atendimento das necessidades do Estado ou da sociedade, sempre sob regime de direito público. Observe-se que, no modelo de Estado Regulador, não compete mais ao Poder Público o atendimento irrestrito de toda e qualquer necessidade da população, mas sim focar esforços para realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção indiscriminada do bem de todos (art. 3º da CRFB). Assim, entendemos que a prestação dos serviços públicos por parte do Estado deve objetivar o atendimento precípua das necessidades da parcela da população que, por qualquer razão que seja, não esteja em condições de auferir renda e, com o produto de seu labor diário, adquirir os bens essenciais à sua existência digna. Nos termos do art. 175 da CRFB, os serviços públicos são precipuamente prestados pela Administração Pública, cabendo, todavia, sua delegação aos particulares, seja por via de concessão ou permissão, precedida obrigatoriamente de licitação. Observe-se que, a regência de tais atividades será sempre por normas de direito público, ainda quando prestadas por particular delegatário.

5. MONOPÓLIO

O conceito de monopólio é de caráter eminentemente econômico, traduzindo-se no poder de atuar em um mercado como único agente econômico, isto é, significa uma estrutura de mercado em que uns (Monopólio) ou alguns produtores (Oligopólio) exercem o controle de preços e suprimentos, não sendo possível, por força de imposição de obstáculos naturais ou artificiais, a entrada de novos concorrentes.

Monopólio é a exploração exclusiva de determinada atividade econômica por um único agente, não se admitindo a entrada de outros competidores. Outrossim, por atividade econômica entende-se todo o processo de produção e circulação de bens, serviços e riquezas na sociedade. Podemos classificar o monopólio, conforme os critérios a seguir listados.

5.1. MONOPÓLIO NATURAL

Monopólio natural é aquele decorrente da impossibilidade física da mesma atividade econômica por parte de mais de um agente, uma vez que a maximização de resultados e a plena eficiência alocativa de recursos somente serão alcançadas quando a exploração se der em regime de exclusividade.

Isto porque, determinadas atividades envolvem custos de investimento tão altos que não há como se estabelecer competição nas mesmas, tal como ocorre na exploração de metrô urbano, transporte ferroviário, transmissão de energia elétrica, dentre outras. Minimiza-se os potenciais efeitos deletérios do monopólio natural físico, decorrente da propriedade privada exclusiva de um determinado sistema de rede (de transportes, de telefonia, por exemplo), determinando-se o compartilhamento obrigatório do uso da referida rede por parte de outros agentes competidores, mediante pagamento de compensação financeira ao proprietário (princípio do compartilhamento de redes).

Outrossim, o monopólio natural pode decorrer do direito à exploração patenteada e exclusiva de determinado fator de produção, bem como da maior eficiência competitiva de determinado agente em face de seus demais competidores.

Trata-se, assim, do monopólio resultante de circunstâncias naturais, através de avanços tecnológicos nos fatores de produção desenvolvidos por determinada empresa, ou nos casos em que esta detém a patente sobre o mesmo (direito marcário, corolário do direito de propriedade industrial, protegido pelo Estado), ou, ainda, em que detém a única fonte de matéria prima para tanto, ou, ainda, nos casos de impossibilidade física ou jurídica de exploração da atividade por outros agentes (ex.: transporte ferroviário).

Observe-se que o monopólio natural não é defeso pela Constituição, sendo permitido pelo legislador infraconstitucional, uma vez que não resulta, tampouco provém de práticas abusivas de mercado, conforme se encontra expresso no art. 20, II, §1º, da Lei de Proteção da concorrência, que é expressa ao preceituar que *“A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”*, a saber, *“II – dominar mercado relevante de bens ou serviços”*.

5.2. MONOPÓLIO CONVENCIONAL

Monopólio convencional é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos, bem como de acordos e contratos estabelecidos por dois ou mais agentes, com o fito de eliminar os demais competidores, colocando aquela atividade sob a exploração exclusiva por parte de um único agente (monopólio) ou de poucos agentes pré-determinados (oligopólio).

Outrossim, o monopólio convencional é igualmente defeso pelo Estado brasileiro, uma vez que, conforme já mencionado, nossa ordem econômica estabelece como princípio a defesa da concorrência, não tolerando o Estado a criação de infração à ordem econômica, bem como de quaisquer práticas consideradas economicamente abusivas pelo Poder Público, a teor das disposições do art. 173, §4º, da CRFB, bem como da dicção dos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.884, de 1994.

5.3. MONOPÓLIO LEGAL

Monopólio legal é a exclusividade de exploração de atividade econômica estabelecida pelo Poder Público para si ou para terceiros, por meio de edição de atos normativos. Como exemplo histórico, serve de exemplo histórico a Lei nº 6.538, de 1978, que instituiu o monopólio das atividades de serviços postais em favor da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT.

Há monopólio legal quando o Poder Público subtrai dos particulares certas atividades econômicas, com o fim de mantê-las sob controle e exploração do Estado, por razões de ordem pública (absorção).

A atual Carta Política, por considerar principiologicamente a liberdade de iniciativa, veda, expressamente, ao Estado, por razões lógicas, a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica. Em outras palavras, seja por via executiva, legislativa ou judiciária, é defeso ao Estado afastar a iniciativa dos particulares de qualquer atividade econômica, salva nos casos excepcionados no próprio texto constitucional.

É de se ressaltar, ainda, que a Constituição veda, por razões igualmente principiológicas, que o Estado crie monopólio para terceiros, uma vez que nossa ordem econômica se funda na defesa da concorrência, como corolário para se garantir a livre iniciativa. Todavia, cabe ressaltar que, não é defeso ao Estado a outorga de privilégios a particulares, como forma de fomento da atividade econômica, desde que seja feito de forma isonômica.

5.4. MONOPÓLIO NA CRFB

Em relação aos regimes constitucionais anteriores, agora não há mais a possibilidade do legislador infraconstitucional promover a intervenção estatal, seja por absorção, seja por participação, em qualquer atividade econômica, salvo nos casos expressamente excepcionados no próprio texto constitucional.

No que se refere ao monopólio legal estabelecido em prol do Poder Público, o legislador constituinte somente o admite nos casos expressos na Constituição da República Federativa do Brasil, não cabendo mais estabelecimento de exclusividade por meio de normas infraconstitucionais.

Isto porque, não há mais na atual constituição a abertura normativa existente nos textos anteriores que autorizavam o Poder Público, por ato infraconstitucional a monopolizar qualquer nicho de sua economia que tivesse interesse. A guisa de exemplo, vale citar o art. 157, §8º, da Constituição de 1967 e o art. 163 da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, a seguir transcritos:

Constituição de 1967:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

§8º - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

EC nº 01, de 1969

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

As hipóteses de monopólio estatal encontram-se taxativamente previstas no art. 177 da CRFB, não cabendo ao legislador ordinário ampliá-la, uma vez que a Ordem Econômica brasileira fundamenta-se na livre iniciativa, tendo como princípio regeedor a liberdade de concorrência. Assim, somente ao poder constituinte derivado reformador cabe a ampliação dos casos de monopólio estatal. Da leitura do art. 177 da CRFB depreende-se que o Estado reservou para si, tão-somente, o monopólio estatal das duas principais matrizes energéticas mundiais, a saber, o combustível fóssil derivado e os materiais nucleares.

Embora a Carta Política de outubro de 1988 tenha limitado taxativamente as hipóteses de intervenção econômica do Estado por absorção, houve flexibilização dos referidos monopólios decorrente de exercício de poder constituinte derivado reformador. Por força da Emenda Constitucional nº 09/95, o monopólio sobre os combustíveis fósseis derivados foi relativizado, permitindo a contratação, por parte da União, de empresas estatais ou privadas, para as atividades relacionadas ao abastecimento de petróleo. Some-se a isso que a Emenda Constitucional nº 49/06 flexibilizou o monopólio de minérios e minerais nucleares para retirar a exclusividade da União sobre a produção, a comercialização e a utilização de radioisótopos de meia-vida curta, para usos medicinais, agrícolas e industriais, delegando-a ao particular sob regime de permissão.

Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, nos termos do art. 21, XXIII e do art. 177, o monopólio da União incide, ainda que relativizado, basicamente, sobre três matrizes energéticas naturais, a saber: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais;

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;”

“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 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

II – os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.”

Por sua vez, o art. 25, §2º da Constituição da República reserva aos Estados-membros a atividade de distribuição de gás canalizado, nos termos da Emenda Constitucional nº 05, de 1995:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...)

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Outrossim, o art. 21 ainda prevê a prestação das seguintes atividades, por parte da União, explorando diretamente ou por meio de terceiros: emissão de moedas, serviço postal, serviços de telecomunicações, serviços de radiodifusão, serviços de energia elétrica, aproveitamentos dos cursos d'água, navegabilidade aérea, aeroespacial, transporte ferroviário, aquaviário, rodoviário interestadual e internacional,

portos marítimos, fluviais e lacustres.

Muito se debate na doutrina se tais atividades estariam sob regime de monopólio da União, ante o cunho econômico e lucrativo sob o qual se apresentam, ou se estariam sob regime de serviços públicos, dada a alta relevância que tais atividades apresentam para a sociedade.

Em que pese vozes de escol entenderem que se trata de monopólio da União,² entendemos que, com base no atual texto constitucional, tais atividades não podem ficar mais sob o regime de exploração restrita do Estado. Isto porque, em uma economia de mercado, somente se justifica a assunção de serviços de relevância coletiva, com nítida natureza econômica, em detrimento da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, nos casos em que a iniciativa privada se mostre ineficiente para tanto, em respeito ao princípio da subsidiariedade.³ Deve-se ter em mente, ainda, que o rol de atividades sob o regime de monopólio estatal encontram-se taxativamente previstos na Carta Política de outubro de 1988, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao operador do direito, ampliá-lo.

Nessa esteira, o próprio art. 21 da CRFB⁴ já prevê, de forma taxativa, as atividades nas quais o legislador constituinte autoriza a exploração direta por parte do Poder Público, sem, todavia, afastar a iniciativa privada, uma vez que não torna defesa sua realização pelo particular, somente condicionando-a à prévia obtenção de chancela do Estado, devendo, portanto, ser privilegiado o princípio republicano da livre iniciativa, nos termos do art. 1º, IV, *in fine*, da CRFB⁵.

Observe-se, salvo melhor juízo, ser esta a *mens legis* que orienta o legislador constituinte brasileiro, a teor de uma exegese sistemática dos arts. 21, 170, 173 e 177, todas da CRFB.

²Neste sentido, confira-se José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 9ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

³Confira-se, por oportuno: CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 1994, vol. II, p. 1.076.

⁴ 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;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)

⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

6. DA QUESTÃO DO SETOR POSTAL

A atividade postal se trata, atualmente, de tema que suscita grandes debates no meio acadêmico e jurisprudencial. Isto porque, nossa doutrina tem se revelado extremamente misoneísta em face dos avanços e conquistas na seara econômica advindas do atual texto constitucional e nossas Cortes Suprema e Superior tem se revelado conflitantes e paradoxais na interpretação e aplicação de leis pré-constitucionais ao atual texto maior.

A fim de analisar a questão do setor postal, mister se faz analisar a origem e evolução desta atividade.

6.1. DA EVOLUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DO SETOR POSTAL

O desenvolvimento do Setor Postal corresponde ao crescimento e à transformação histórica do próprio País, uma vez que se prestam à garantir, precipuamente, a integração da Nação brasileira. Os primórdios dos serviços postais no Brasil-Colônia reportam-se aos correios em Portugal e à sua atuação neste, então, novo território. Durante os primeiros tempos da colonização do Brasil, os portugueses não dispunham de um sistema postal bem organizado, tendo, inclusive, que recorrer ao de nações vizinhas. Com a elevação do Brasil a condição de Reino Unido, foram criadas as primeiras agências postais oficiais no país, em 1812. Durante o período imperial, o Brasil profissionalizou o Serviço Postal, criando o primeiro selo oficial do país, a saber, o “Olho de Boi”.

No período republicano, alguns fatores como a aquisição de novas máquinas, a ampliação da área de ação interna e externa, a evolução dos transportes e a implantação do Correio aéreo marcaram essa fase, que se caracterizou pelo notório desenvolvimento do setor postal, que puderam expandir seus serviços às populações de todas as regiões do País, contribuindo para a integração nacional. Assim, o Departamento de Correios e Telégrafos foi criado em 1931, mediante decreto presidencial, subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas, e absorveu as funções dos extintos DGC – Direção Geral dos Correios e RGT – Repartição Geral de Telégrafos.

Desta feita, a primeira estruturação do setor postal assumiu, no Estado brasileiro, nítidos contornos de serviço público, uma vez que era prestado diretamente por órgão da administração pública direta.

Todavia, mediante opção política da República, o setor postal passou a ser explorado como atividade econômica em sentido estrito, mediante a criação de uma empresa pública federal para tanto. Assim, com o desenvolvimento dos setores produtivos do Brasil tornou-se necessária a reorganização do setor postal em torno de um modelo mais moderno que o de serviço público, que não apresentava infra-estrutura compatível com as necessidades dos usuários. Assim, foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, controlada exclusivamente pela União, nos

termos do Decreto-lei nº 509, de 1969. Por sua vez, o setor postal foi monopolizado em torno da União, mediante edição da Lei nº 6.538, de 1978, dando aos serviços postais nítida natureza jurídica de atividade econômica, ainda que sob regime de exclusividade do Estado. Há que se ter em mente que tal lei foi promulgada sob a vigência da Constituição de 1967/69, que em seu art. 163 permitia o estabelecimento de monopólios por ato infraconstitucional⁶.

Nos termos dos normativos acima, as atividades do setor postal são as seguintes:

- Remessa de correspondência, que é meio de comunicação que se perfaz por meio de signos escritos, podendo se dar por meio de:

a) carta: comunicação manuscrita ou impressa devidamente acondicionada e endereçada a uma ou várias pessoas;

b) cartão-postal: cartão que tem numa das faces uma ilustração artística, ficando a outra reservada à correspondência;

c) impresso: papel personalizado para uso em correspondência oficial ou serviços administrativos;

d) cecograma: papel de correspondência próprio para deficientes visuais, escrito em braile;

e) pequena-encomenda: mercadoria de dimensões reduzidas que pode ser transportada junto com os demais produtos que se enquadram como correspondência.

- Remessa de valores: transporte de documentos negociáveis, representativos de um valor certo a receber, de uma dívida, ou do direito de receber uma mercadoria, bem como de outros bens facilmente realizáveis em dinheiro:

a) remessa de dinheiro através de carta com valor declarado;

b) remessa de ordem de pagamento por meio de vale-postal;

c) recebimento de tributos, prestações, contribuições e obrigações pagáveis à vista, por via postal.

- Remessa de encomendas e objetos: cuida-se do transporte de bens manufaturados ;

- Serviços correlatos:

⁶ Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

- a) venda de selos, peças filatélicas, cupões-resposta internacionais, impressos e papéis para correspondência;
- b) venda de publicações divulgando regulamentos, normas, tarifas, listas de código de endereçamento e outros assuntos referentes ao serviço postal;
- c) exploração de publicidade comercial em objetos de correspondência.

6.2. DA NATUREZA JURÍDICA DO SETOR POSTAL

A definição da natureza jurídica do setor postal é ponto basilar para o estabelecimento do regime jurídico aplicável, mormente em se considerando os avanços sócio-econômicos advindos com o texto constitucional de 1988. Isto porque, resta delineado, de forma bastante clara, a disciplina a ser aplicada em face da exploração de atividades econômicas, cuja regra é a liberdade de iniciativa para o mercado, e a disciplina a ser aplicada na prestação de serviços públicos, cuja titularidade é do Estado. Todavia, o que se presencia no meio acadêmico é uma postura retrógrada e misoneísta de grande parte de doutrinadores de escol, em uma tentativa frustrada de adequar a Constituição da República ao direito pré-constitucional que rege o serviço postal, não em se adequar a exploração dos serviços postais às regras estabelecidas na Lei Maior para tanto. Assim, uma leitura do posicionamento doutrinário vigente torna-se imprescindível para uma visão elucidativa sobre o tema. Nessa linha, abrem-se três possibilidades para definição do tema:

- a) Encarar os serviços postais como serviço público sobre a titularidade do Estado, devendo ser efetivada diretamente ou por delegação ao particular, no termos do art. 175 da CRFB;
- b) Encarar os serviços postais como atividade econômica sob o monopólio estatal, fazendo a legislação pré-constitucional prevalecer sob o art. 177 da CRFB;
- c) Encarar os serviços postais como atividade econômica submetida ao regime da livre iniciativa, ainda que se submeta à normatização e regulação estatal, nos moldes do art. 174 da CRFB.

6.3. DO POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Conforme já dito, não há um consenso doutrinário sobre o tema, havendo, ao contrário, as mais variadas posições, dentre as quais destacamos:

- a) Para Celso Antônio Bandeira de Mello, Floriano Azevedo Marques Neto, Alexandre Aragão e Walter Nunes da Silva Júnior os serviços postais se tratam de serviços públicos, devendo a Lei nº 6.538/78 ser interpretada como

ato de delegação da prestação à empresa pública, ainda que o art. 175 da CRFB condicione a delegação à pessoa jurídica de direito privada à prévia licitação;

- b) Para José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos e Luis Roberto Barroso os serviços postais se tratam de atividade econômica em sentido estrito, devendo ser explorado sob o regime da livre iniciativa. Para haver exploração direta por parte do Estado, deve-se observar a sistemática do art. 173 da CRFB, ainda que se trate de atividade sob a regulação estatal (art. 174);
- c) Para Maria Neuenschwander Escosteguy Carneiro os serviços postais tem natureza mista, tendo atividades que devem ser prestadas sob regime de direito público e outras que devem ser prestadas sob o regime de direito privado, em caráter análogo ao regime estabelecido para as telecomunicações.

6.4. DAS ANTINOMIAS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Por sua vez, a legislação infraconstitucional brasileira traz fortes antinomias no que se refere ao setor postal:

- a) Lei nº 6.538/78: dá aos serviços postais a natureza jurídica de atividade econômica sob regime de monopólio legal, a teor do disposto nos arts. 2º, 7º, 8º e 9º;
- b) Lei nº 9.074/95: o art. 1º, VII, incluído pela Lei nº 9.648/98, expressamente classifica os serviços postais como públicos, sujeitos ao regime de concessão e permissão da Lei nº 8.987/95, que disciplinou o art. 175 da CRFB, e sujeito a delegação à prévia e obrigatória licitação.

A teor do atual texto constitucional, não há mais liberdade para o legislador infraconstitucional em estabelecer monopólios estatais mediante ato infraconstitucional, havendo artigo estabelecendo de forma expressa quais são as atividades econômicas que são reservadas ao Estado, conforme já visto. No que se refere ao serviço postal, o atual texto constitucional limita-se a estabelecer competência executiva da União na manutenção do mesmo (art. 21, X) e competência legislativa da mesma para disciplinar o tema (art. 22, V). Assim, não há qualquer norma expressa que classifique os serviços postais como serviços públicos, tampouco que os coloquem como atividade econômica sob regime de monopólio estatal, muito menos que autorize a exploração do setor diretamente pelo Poder Público, ou, ainda, mediante autorização, permissão ou concessão.

6.5. DO POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência de nossas Cortes tem oscilado entre a existência de monopólio estatal e o regime de serviço público no que tange à atividade de comunicação na via postal, sem, contudo, pacificar a questão.

A Superior Corte de Justiça tradicionalmente se posiciona por estender aos serviços postais as prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, dando-lhe tratamento de regime de direito público, uma vez que considera recepcionado o monopólio da Lei nº 6.538, de 1978. Nessa linha, confira-se o ementário a seguir:

“PROCESSUAL PENAL - VIOLAÇÃO DE PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - MONOPÓLIO DA UNIÃO - RECEPÇÃO DA LEI 6.538/78 - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E ATIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA”. STJ – 5ª Turma; RHC 14755/PE; Ministro JORGE SCARTEZZINI; DJ 02/08/2004 p. 421. – grifamos.

“CRIMINAL. HC. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. SERVIÇO POSTAL. MONOPÓLIO DA UNIÃO. OMISSÃO CONSTITUCIONAL. NORMA FORMALMENTE CONSTITUCIONAL. NÃO RECEPÇÃO DA LEI 6.538/78 NÃO VERIFICADA. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DO MONOPÓLIO POR LEI ORDINÁRIA, AINDA QUE ANTERIOR. CONTRADIÇÃO OU CONFLITO INEXISTENTE. SERVIÇO POSTAL COM ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA À UNIÃO. DELEGAÇÃO NÃO AUTORIZADA. ORDEM DENEGADA”. STJ; 5ª Turma; HC 21804/SP; Ministro GILSON DIPP; DJ 01/12/2003 p. 373. – grifamos.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal tem sido bastante conflitante ao tratar do tema, ora dando tratamento de serviços públicos, ora tratando como atividade de utilidade pública, conforme o ementário a seguir transcrito:

“(…) Serviços públicos não essenciais e que, não utilizados, disso não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou para o interesse público. Esses serviços são, de regra, delegáveis, vale dizer, podem ser concedidos e podem ser remunerados mediante preço público. Exemplo: o serviço postal, os serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás, etc.” (ADI 447, voto do Min. Carlos Velloso, DJ 05/03/93). – grifamos.

“(...) No caso, tem-se uma empresa pública prestadora de serviço público — a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT — o serviço postal (CF, art. 21, X). Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integra o conceito de fazenda pública. Assim, os seus bens não podem ser penhorados, estando ela sujeita à execução própria das pessoas públicas.” (RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/08/04). – grifamos.

“(...) afirmou-se que a presunção de recepção da Lei 6.538/78, pela CF/88, opera em favor da agravante, tendo em conta diversos julgamentos da Corte reconhecendo a índole pública dos serviços postais como premissa necessária para a conclusão de que a imunidade recíproca se estende à ECT. Esclareceu-se, ademais, que a circunstância de a ECT executar serviços que, inequivocamente, não são públicos nem se inserem na categoria de serviços postais demandará certa ponderação quanto à espécie de patrimônio, renda e serviços protegidos pela imunidade tributária recíproca, a qual deverá ocorrer no julgamento de mérito da citada ADPF.” (ACO 765-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Informativo 443). - grifamos.

6.6 DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 46-7

Cumpra destacar que, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal discute, via Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7, se a atividade de serviços postais, prevista no rol do art. 21 da CRFB estaria ou não sob o regime de monopólio estatal, legitimando-se o monopólio estatal anteriormente em face do atual texto constitucional.

Este julgamento, que questiona o monopólio estatal dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, se trata de um dos mais importantes casos de direito econômico a ser decidido pelo STF. A ação questiona a constitucionalidade da Lei 6.538/78, que regulamenta os serviços postais brasileiros. A intenção da ADPF é restringir o monopólio postal dos Correios às entregas de cartas – sendo limitado seu conceito a papel escrito, envelopado, selado, que se envia de uma parte a outra com informações de cunho pessoal, produzido por meio intelectual, e não mecânico. Outrossim, pretende-se ver declarada a inconstitucionalidade do art. 42 da Lei nº 6.538/76⁷, no sentido de afirmar a não recepção tipicidade penal da violação do monopólio do setor postal.

Conforme decisão a seguir transcrita:

⁷ Art. 42º - Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais, objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas.

Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

Parágrafo único - Incorre nas mesmas penas quem promova ou facilite o contra bando postal ou pratique qualquer ato que importe em violação do monopólio exercido pela União sobre os serviços postais e de telegramas.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a argüição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao artigo 42 da Lei nº 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Menezes Direito. Plenário, 05.08.2009.

Ainda que a decisão narre que a ADPF nº 46-7 foi julgada improcedente, a Corte Suprema deu interpretação conforme à constituição no sentido de restringir a tipicidade penal do art. 42 da Lei nº 6.538/78 às atividades de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta, cartão-postal e de correspondência agrupada, além da fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal. Portanto, *a contrario sensu*, as demais atividades econômicas exploradas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos estão abertas à livre iniciativa, podendo ser exploradas pelos demais agentes competidores, a saber, a remessa de valores, encomendas e objetos.

A linha vencedora no julgado foi, em parte, a sustentada pelos ministros Eros Grau, redator do acórdão, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto. Observe-se que a linha defendida pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, que haviam votado pela relativização do monopólio dos Correios em cartas comerciais e em encomendas, mantendo a exclusividade, tão-somente, na correspondência pessoal, restou parcialmente vencida, assim como o posicionamento do relator, ministro Marco Aurélio, que votou pela completa quebra do monopólio dos Correios.

Isto porque, a manutenção da exclusividade nas atividades do setor postal à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos fica restrita à remessa de cartas pessoais e comerciais, cartões-postais, correspondências agrupadas (malotes), não havendo mais tipicidade penal na conduta de remessa de outros tipos de correspondências e encomendas às transportadoras privadas.

7. CONCLUSÃO

Em que pese o tema ser bastante controverso, não havendo consenso na doutrina e ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha relativizado a exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, entendemos, salvo melhor juízo, que não há como se reconhecer a subsistência do monopólio do setor postal no atual texto constitucional, mormente por não haver sequer autorização do legislador constituinte para a exploração direta do mesmo por

parte do Poder Público, ao contrário de outras atividades constantes no art. 21 do CRFB.

Outrossim, por ocasião do julgamento da referida ADPF, poderia a Suprema Corte ter modulado seus efeitos temporais, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868, de 1999, que permite atribuir efeito *ex nunc* ou *ex tunc*, tanto em caráter pretérito, quanto futuro, a ser avaliado no caso *sub judice*. Isto porque não há um marco regulador que discipline a abertura do setor postal à iniciativa privada, tampouco estabeleça metas socialmente desejáveis a serem alcançadas com a exploração privada deste nicho.

Assim, em que pese entendermos que não há juridicidade no reconhecimento da recepção do monopólio do setor postal, observando-se que a Suprema Corte relativizou a exclusividade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a decisão em caráter mais salomônica deveria ter sido julgar procedente a ADPF nº 46-7, modulando seus efeitos temporais, no sentido de manter o monopólio integral do setor postal enquanto não for editada uma lei que estabeleça as regras para a abertura e a devida regulação do setor.

BIBLIOGRAFIA

BARROS NETO, João Pinheiro de. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. **A grande empresa de serviços públicos: um estudo sobre o desenvolvimento dos correios no Brasil**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.

BUENO, Eduardo. Brasil: Uma História – A Incrível Saga de um País, 2ª ed., São Paulo, Ática, 2003.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo. Vol. II**. Coimbra: Almedina.

CARNEIRO, Maria Neuenschwander Escoteguy. **Uma Nova Visão do Setor Postal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **O serviço Postal no Direito Brasileiro**. Curitiba: J M, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Jose Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. A QUESTÃO DO MONOPÓLIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O SETOR POSTAL. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

- 1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
- 2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
- 3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
- 4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
- 5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: <http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323>
- 6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: <http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico>

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não Disponível.