

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

TIAGO JOSÉ MENDES FERNANDES

**ADPF 46: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO
MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO**

Brasília
2013

TIAGO JOSÉ MENDES FERNANDES

**ADPF 46: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO
MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, como requisito para obtenção do grau de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Msc. Fabiano Jantalia.

Brasília
2013

TIAGO JOSÉ MENDES FERNANDES

**ADPF 46: UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO
MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Pós
Graduação em Direito Administrativo do
Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP,
como requisito para obtenção do grau de
Especialista em Direito Administrativo.

Aprovada em ___/___/2013

BANCA EXAMINADORA

Prof. Mestre Fabiano Jantalia (Orientador)
Instituto Brasiliense de Direito Público

(EXAMINADOR I)

(EXAMINADOR II)

Aos meus pais, José Fernandes e Ana Luiza, aos quais eu tanto amo e que, desde o princípio, estiveram sempre comigo nesta árdua caminhada, dando-me forças para superar os obstáculos da vida.

AGRADECIMENTOS

Ao senhor Deus, por ter me dado vida, saúde e paz, para que eu pudesse chegar a este momento.

Aos meus pais, José Fernandes e Ana Luiza, por haverem consolidado um base familiar fundamental para a construção de uma vida sadia.

Aos meus irmãos, Rodrigo e Fábio, pelo incentivo e por permanecermos sempre juntos.

Aos meus falecidos avós, Maria da Conceição, José Mendes, Zilda Fernandes e Enéas Fernandes que, mesmo distantes, jamais serão esquecidos devido a todas as coisas boas que fizeram.

A todos os meus amigos, pelo apoio, companheirismo e por todos os momentos que temos vivido juntos.

Aos professores do IDP, pela dedicação ao longo do curso e por sua contribuição fundamental à minha formação acadêmica e humana.

Ao meu orientador e amigo, Prof. Fabiano Jantalia, pelo tempo despendido, paciência e, sobretudo, por sua sabedoria na tarefa de orientação deste trabalho.

Aos advogados e funcionários dos escritórios e órgãos públicos em que estagiei e Trabalho, pelos conhecimentos generosamente transmitidos e, principalmente, pela paciência, compreensão e amizade.

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é.

Barbosa Moreira

RESUMO

Este estudo versa sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 46 proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) com a finalidade de reparar lesão a diversos preceitos fundamentais contidos na CF/88, perpetrados pela Lei 6.538 de 22 de junho de 1978, o referido julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal desencadeou uma série de debates no contexto jurídico e político no cenário brasileiro. Um deles é a questão do monopólio estatal exercido pela ECT quanto aos serviços postais, alvo principal da medida de controle de constitucionalidade concentrado, visto que a Constituição Federal vela preza pela ordem econômica, ou seja, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência possibilitam que a iniciativa privada dentro da legalidade possam executar as atividades tidas como econômica. Outrossim, o julgado também traz a baila a grande discussão sobre a dicotomia entre serviço público e atividade econômica para poder entender se o serviço postal apesar de previsto no artigo 21, inciso X da Carta Magna não poderia ser explorado por empresas privadas. Por fim, a pesquisa fará uma análise do resultado final do julgamento da ADPF 46 com o fito de ponderar com a interpretação da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Serviço postal. Atividade Econômica. Monopólio. ADPF n° 46. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

ABSTRACT

This study deals with the oral examination of non-fulfillment of fundamental precept no. 46 hurriedly drafted by the Brazilian Association of Distribution Companies (ABRAED) with the purpose of repairing the injury several fundamental precepts contained in CF/88, perpetrated by the Brazilian Company of Postal and Telegraph, the trial occurred in Federal Supreme Court unleashed a series of discussions in the legal context and political in the Brazilian scenario. One of them is the issue of state monopoly exercised by ECT as for postal services, main target of the measure of control of constitutionality concentrate, since the Federal Constitution sailing appreciates economic order, i.e. the principles of free initiative and free competition allow the initiative within deprives the legality can execute the activities taken as economic. Likewise, the judged also brings up a great discussion on the dichotomy between public service and economic activity in order to understand if the postal service although provided for in article 21, item X of Magna Carta could not be exploited by private companies. Finally, the research will make an analysis of the final outcome of the trial of the ADPF 46 with the purpose of considering with the interpretation of the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Postal Service. Economic Activity. Monopoly. ADPF no. 46. Brazilian Company of Post and Telegraphs.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABRAED - Associação Brasileira das Empresas de Distribuição

ADPF – Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/1988 – Constituição Federal de 1988.

ECT – Empresa de Correios e Telégrafos.

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 10 |
| 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO..... | 12 |
| 2.1 Evolução Histórica da proteção da concorrência..... | 12 |
| 2.2 Princípios essenciais do Direito Concorrencial | 18 |
| 2.2.1 Livre Concorrência | 18 |
| 2.2.2 Livre Iniciativa | 19 |
| 3 SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO..... | 22 |
| 3.1 Histórico Evolutivo..... | 22 |
| 3.2 Serviço postal e o instituto do Monopólio..... | 26 |
| 3.3 Controvérsias a respeito da natureza jurídica do serviço postal brasileiro: Serviço Público ou Atividade Econômica?..... | 30 |
| 4. O MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO EM PERPESCTIVA CRÍTICA: JULGAMENTO DA ADPF 46..... | 38 |
| 4.1 A iniciativa privada e o questionamento da prestação do serviço postal: A ABRAED e a ADPF 46 | 38 |
| 4.2 Análise da decisão da ADPF 46 a luz da Constituição Federal de 1988..... | 45 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 52 |

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 estruturou uma nova ordem econômica e social no Brasil, com as devidas alterações proposta por aquela constituinte dispondo em seu artigo 170 que “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 [...]”.

Ainda, a Carta Magna estabeleceu em seu artigo 177 as atividades a serem exercidas sob o regime do monopólio, não incluindo, porém, a atividade dos correios.

Entretanto, a Lei 6538 de 22 de junho de 1978 instituiu o monopólio das atividades postais para ser exercido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).

A doutrina monopolista propõe uma presença maior do Estado e acredita ser essa a única resposta ou instrumento apto a exercer tal atividade. Do outro lado, a doutrina “constitucionalistas cidadãos” acompanham a Carta Magna de 1988 com base nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, ou seja, defendem a abertura do serviço à iniciativa privada, sendo admitida a presença do Estado não como um agente econômico diretamente explorador, mas, como participante e regulador.

Com amparo nos princípios da livre iniciativa, concorrência e eficiência administrativa, a Associação Brasileira de Empresas de Distribuição - ABRAED ingressou na Suprema Corte do Brasil com a ADPF n° 46 com o desiderato de que o monopólio estatal sobre o mercado postal fosse encerrado. Sucede que, o STF julgou pela improcedência da ADPF argumentando a exclusividade da ECT na sua prestação visto que o serviço postal se caracteriza como serviço público, alterando apenas alguns dispositivos referentes a criminalização das condutas das distribuidoras e é com base nessa decisão que constitui o presente objeto deste trabalho.

Para analisar a questão, opta-se pela análise dos votos proferidos no julgamento da ADPF 46, bem como da posição dos principais estudiosos do tema e dos atores sociais envolvidos. Incidem em um material de suma importância, tendo em vista que eles quem irão contribuir para que se possa realizar o estudo e buscar as possíveis “construções” para o problema proposto. Outrossim, com base na análise dos votos da Arguição Descumprimento de Preceito Fundamental n° 46 será apreciado e debatido os conceitos de alguns institutos jurídicos envolvidos na conjectura do tema.

Dessa forma, o objetivo da pesquisa é contribuir para uma reflexão sobre o papel do Estado na ordem econômica estabelecida pela Constituição Federal de 1988 no âmbito do setor postal, questionando-se o serviço postal deve ser exercido sob a forma de monopólio e ainda, o que seria mais benéfico para o desenvolvimento nacional, e principalmente para o consumidor no sentido de uma possível regulação da atividade postal.

Para tanto, no primeiro capítulo, discorrer-se-á sobre os aspectos constitucionais do direito concorrencial, a finalidade da tutela jurídica da livre iniciativa e livre concorrência, o abuso do poder econômico, a evolução das legislação antitruste no Brasil e os órgãos brasileiros de defesa da concorrência.

O segundo capítulo consiste um estudo sobre os serviços públicos e a instituição, o serviço e os elementos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) bem como um estudo sobre as controvérsias a respeito da natureza jurídica do serviço postal, se é um serviço público ou atividade econômica.

No terceiro e último capítulo, abordar-se-á como tem se dado o enfrentamento do problema a partir da iniciativa privada, analisando-se a questão de pretensa legitimação de monopólio por parte da ECT com base na ADPF 46.

Impõe-se, por fim, nas considerações finais, esclarecer qual o melhor alcance do texto constitucional na problemática em tela diante do novo perfil do Estado brasileiro.

A pesquisa se concretiza a partir do método hipotético-dedutivo, tendo como fontes a documentação direta (petição inicial e votos da ADPF 46) e indireta, buscando-se subsídio bibliográfico em livros, artigos científicos e informações junto às pesquisas na internet de entes e órgãos oficiais, como o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico (SDE).

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Na economia de mercado, a concorrência se mostra como um mecanismo essencial para o desenvolvimento econômico de um país para ingressar e permanecer competitivo no mercado externo, bem como para o bem-estar econômico da sociedade, posto que a concorrência permite uma maior variedade de produtos, o aprimoramento na qualidade dos mesmos, e ainda, contribui para a redução dos preços.¹

O Direito, como um fenômeno social que é, não poderia ficar à margem desse instituto. O Direito Concorrencial surge como o instrumento mais eficiente de controle da atividade econômica a fim de tutelar o sistema de mercado contra as concentrações econômicas e práticas econômicas abusivas, incentivando assim, todos os agentes econômicos, inclusive os pequenos empresários, a participarem do desenvolvimento da economia nacional, afinal a competição selvagem entre esses agentes parcimoniosos traz um grande prejuízo que acaba culminando na sua destruição, devendo então, ser regulamentada.²

2.1 Evolução Histórica da proteção da concorrência

Os princípios da livre concorrência e livre iniciativa previstos na Ordem Constitucional Econômica de 1988 visam garantir que as regras entre os agentes econômicos fiquem preservadas a fim de propiciar o livre mercado. Apontam ainda alinhar as condutas competitivas que deverão harmonizar o crescimento das empresas ou das demandas “em razão das eficiências resultantes de sua forma de produção, qualidade do produto, baixo custo, tecnologia etc., e não de práticas de abuso de poder ou de atos de deslealdade entre os competidores.”³

Vale Ressaltar que o poder econômico não é, em si, ilícito, e o que se deve reprimir é o abuso deste poder, que se forma pelo procedimento irregular das empresas que desrespeitam as regras do mercado, objetivando assim a dominação dos mercados, a

¹ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 118.

² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.62.

³ DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.112.

eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.⁴ Nesse sentido, Irene Nohara entende que há abuso do poder econômico “[...] quando uma empresa, que se encontra em posição de superioridade econômica, se utiliza ilegitimamente ou de forma irrazoável do poder que possui prejudicando ou inibindo o funcionamento do mercado.”⁵

O uso do poder econômico é o uso livre de um capital, mas o abuso deste resulta na exclusão de certos agentes econômicos, os quais, apesar de deterem capital, não conseguem competir em razão da inferioridade do capital ser ínfimo na quantidade ou na qualidade.⁶

O termo inicial no combate ao abuso do poder econômico foi o instrumento legislativo *Sherman Act*, sancionado em 1890, por iniciativa do parlamentar John Sherman, na época, senador do estado de Ohio, Estados Unidos. Esse texto legislativo influenciou as demais legislações antitrustes que foram surgindo. O período em que se originou corresponde a uma época de importantes transformações na economia norte-americana e um fortalecimento contínuo da economia industrial. Houve crescimento da demanda pelo petróleo, duplicação das estradas de ferro, desenvolvimento do transporte, das comunicações e da tecnologia. Assim, os Estados Unidos passaram a ser um grande centro atrativo de forças produtivas, atraindo imigrantes e capitais do mundo inteiro.⁷

Em razão disso, o mercado de capital mais avançado aumentou a dimensão das empresas, o que acabou desencadeando um grande número de fusões e um fenômeno geral se verificou nos Estados Unidos: os trustes⁸. Houve a diminuição do número de empresas e concentrou-se o poder em mãos de poucos agentes econômicos, inclusive em setores de extrema utilidade na época, tais como a eletricidade e indústria do aço, que se organizaram sob a forma de trustes.⁹

⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2ed. São Paulo: Método, 2006, p.266

⁵ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 4ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.118.

⁶ DERANI, Cristiane. **Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização**. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000, p.178.

⁷ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 224.

⁸ Truste é a forma de abuso do poder econômico pela qual uma grande empresa domina o mercado e afasta seus concorrentes, ou os obriga a seguir a estratégia econômica que adota. É uma forma impositiva do grande sobre o pequeno empresário. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 710)

⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. *Op cit.*, p.71.

A preocupação central *do Sherman Act* era a proteção do consumidor em face do excessivo poder econômico no mercado existente.¹⁰

O “*Sherman Act*” representa para muitos, o ponto de partida para o estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação deve ser entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la.¹¹

Em seu artigo 1º, o *Sherman Act* declara ilícito todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma ou conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras. O artigo 2º complementa, vedando a dominação do mercado.

Como mencionado anteriormente, o *Sherman Act* influenciou várias legislações antitruste, inclusive no Brasil, onde o primeiro esboço de preocupação com defesa da concorrência, manifestada pelas primeiras políticas protecionistas, se deu apenas na Carta Constitucional de 1934. Isto porque a Constituição de 1824 garantia apenas o direito à propriedade material e intelectual, assegurando o livre exercício de atividade profissional, desde que não atentasse aos costumes públicos (artigo 179) e, a Constituição de 1891 trouxe o direito à liberdade de associação (artigo 72, §8º).

Sendo assim, a Constituição de 1934 foi a primeira das Cartas Políticas nacionais que instituiu uma disciplina específica para a ordem econômica e social no direito constitucional, norteando a economia nos princípios da justiça social e da dignidade da pessoa humana. Ainda, ao Estado era facultado intervir na economia para garantir interesses maiores.¹² Estabelecia o artigo 115 da Carta de 1934:

Art. 115: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

No entanto, a Constituição de 1934 não tratava e nem regulamentava o processo competitivo e os atos que constituíam formas de abuso do poder econômico.

¹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional.** *Op cit.*, p. 225

¹¹ MARTINS, Gilberto. **Direito da Concorrência.** Disponível em: < <http://pt.extpdf.com/gilbertomartins-pdf.html>>. Acesso em: agosto de 2012.

¹² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A questão do monopólio na constituição da república federativa do brasil e o setor postal.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador,2009. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: agosto de 2012.

A Constituição de 1937 estabeleceu uma política intervencionista do Estado no domínio econômico, lhe atribuindo a coordenação da produção e a inserção da competição com resultados positivos à nação, cabendo ao Estado também o poder de reprimir os crimes contra a economia popular.

Coube ao Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, elaborado por Agamemnon Magalhães, ministro do presidente Getúlio Vargas, inserir o artigo 141 na Constituição de 1937 para regular esses crimes. O Decreto-Lei foi considerado o primeiro diploma legal destinado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência e autorizava a atuação do Estado sobre o domínio econômico para neutralizar os efeitos auto-destrutíveis decorrentes da própria estrutura do mercado. Neste Decreto, havia algumas disposições que até hoje encontramos, tais como: proibição da manipulação da oferta e da procura, proibição da exclusividade, proibição da fixação de preços mediante acordo entre as partes, dentre outras. Ainda, consideravam como delitos os acordos, alianças, fusões efetuadas com o intuito de impedir, limitar ou dificultar a concorrência.

13

Enquanto a Constituição de 1937 objetivava reprimir os crimes contra a economia popular, a Constituição de 1946 teve influência mais direta da legislação norte-americana antitruste.

Em 22 de junho de 1945, editou-se o Decreto-Lei nº 7.666, que alterou o projeto de Agamemnon Magalhães, e ficou conhecido como “Lei Malaia”, disciplinando de forma específica a repressão a todas as formas de combinações que buscassem dominar o mercado, criando, por sua vez, o artigo 148 da Constituição de 1946.

Art. 148: A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros

O Decreto-Lei além de sua finalidade de regular a repressão ao abuso do poder econômico, criou, em seu artigo 19, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, subordinado ao Presidente da República.

¹³ MARTINS, Gilberto. **Direito da Concorrência**. *Op cit.*

O Decreto-Lei, no entanto, foi revogado no final de 1945 e em 1948 foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 122 que após longa tramitação foi aprovado, sancionado, dando origem à Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962.

A lei estabelecia, em seu artigo 2º, as formas de abuso econômico, dentre as quais é importante destacar: a) dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de ajuste ou acordo entre empresas; b) elevar sem justa causa os preços com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros; e c) provocar condições monopolistas, etc. A lei recriava ainda, em seu artigo 8º, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, cuja competência era verificar e reprimir os atos ou os fatos que constituíssem formas de abuso do poder econômico.¹⁴

A Carta Constitucional de 1967, por sua vez, apesar de ser voltada primordialmente para a segurança nacional, não deixou de trazer em seu bojo, no artigo 160, os princípios da liberdade de iniciativa e da repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado “pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros”.

Outrossim, no que tange o papel do Estado referente à organização e exploração das atividades econômicas, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, em seu artigo 163, com redação coincidente com o artigo 157, § 8º do texto da Carta Magna de 1967:

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.

Para complementar, a Emenda de 1969 acrescentou ainda o artigo 170 prevendo o estímulo e apoio do Estado para que as empresas privadas pudessem organizar e explorar as atividades econômicas, e que apenas em caráter suplementar da iniciativa privada, o Estado organizaria e exploraria diretamente a atividade econômica.

A Emenda Constitucional de 1969, portanto, 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

¹⁴ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. *Op. Cit.*, p.47.

quando indispensável à segurança nacional ou para organizar determinado setor da economia¹⁵.

As mudanças redacionais desde a Constituição de 1946 foram, portanto, muito pequenas. O que a Carta de 1967 tratava como princípio da ordem econômica era a repressão ao abuso do poder econômico, enquanto a atual Constituição de 1988 consagrou como princípio a liberdade de concorrência. Manteve-se como núcleo comum a “caracterização do abuso do poder econômico pela dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”¹⁶

Atualmente, a Lei nº 12.529 de 30 de novembro 2011 é a principal normal acerca da concorrência. Ela trata das questões concorrenciais e tem por finalidade criar mecanismos institucionais sólidos, capazes de garantir uma ampla e justa competição, reprimir o abuso do poder econômico, propiciar aos agentes econômicos a necessária segurança e zelar pelo bem estar da coletividade.¹⁷

A referida lei possui em seu corpo várias condutas caracterizadas como infrações da ordem econômica, dentre as quais podemos citar: a) limitar, falsear ou prejudicar de qualquer forma, a livre concorrência ou a livre iniciativa, b) dominação abusiva de mercado relevante de bens e serviços, c) a arbitrariedade no aumento dos lucros, ou seja, a empresa ter a intenção de dominar o mercado e de impor preços de tal modo que a atuação da empresa no mercado com a sua parcela de lucro seja totalmente desproporcional, dentre outras.¹⁸

É de se afirmar ainda, que o Direito Concorrencial vigente possui um leque de importantes instrumentos eficazes no combate ao abuso do poder econômico, como as portarias do Poder Executivo federal e ainda as resoluções do CADE.

¹⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A Questão Do Monopólio Na Constituição Da República Federativa Do Brasil E O Setor Postal.** *Op. Cit.*

¹⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional.** *Op. Cit.*, p. 229/230

¹⁷ MARTINS, Gilberto. **Direito da Concorrência.** *Op. Cit.*

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 13ªed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2005, p. 711.

2.2 Princípios essenciais do Direito Concorrencial

2.2.1 Livre concorrência

Conforme acima mencionado, a Carta Constitucional atual consagrou, em seu artigo 170, inciso IV, como um dos princípios constitucionais a livre concorrência.

Livre concorrência é a disputa entre diversos agentes produtores ou prestadores de serviços para que possam conseguir com fins lícitos e compatíveis com a aspiração do mercado nacional um melhor espaço naquele. Deve ser realizada segundo as leis do mercado e de modo a garantir os ditames da justiça social e do desenvolvimento nacional. Para João Bosco Leopoldino da Fonseca, “garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas”¹⁹

Só se pode falar em concorrência perfeita se for garantida a todos a livre concorrência. Esta é essencial na proibição de privilégios derivados do abuso do poder econômico; assegura a liberdade de ingresso, liberdade de exercício e de gestão. Sem livre concorrência haverá óbice aos agentes econômicos para ingressarem no mercado e se relacionarem com os demais, desta forma, tudo aquilo que possa embaraçar ou de qualquer modo impedir a livre concorrência é ofensivo à Constituição.²⁰

É por essas razões que a Constituição trata de determinar que, por meio de lei competente, o Estado puna essas modalidades que distorcem a livre concorrência, tais como monopólio, oligopólio, dentre outros, que são formas pelas quais os agentes econômicos tentam eliminar a livre concorrência, assegurando para si uma fatia cativa do mercado ou até mesmo a sua totalidade.²¹

Nesse sentido, são pertinentes as palavras de Vicente Bagnoli que assevera:

A garantia da competição leal, isenta de práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico, é assegurada pelo Estado, por meio de agências reguladoras e de órgãos de defesa da concorrência. A livre concorrência, portanto, não se reveste mais dos moldes do liberalismo econômico, no qual o Estado fica ausente da economia, deixando que a própria concorrência no mercado estabeleça os agentes aptos a se

¹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129

²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewPDFInterstitial/32325/31545>

> Acesso em: agosto de 2012.

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.112.

perpetuarem, excluindo os demais, até atingir o ponto de equilíbrio entre produtores e consumidores pela lei da oferta e da procura.²²

Rizzatto Nunes acrescenta ainda que a livre concorrência implica proteção ao consumidor. Para o Autor a livre concorrência é uma garantia não apenas do mercado, mas do consumidor, o que significa que o explorador tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores do que os de seus concorrentes. É, portanto a garantia de melhores produtos e serviços a iguais ou menores preços.²³

2.2.2 Livre Iniciativa

Da mesma forma que o texto constitucional consagrou a livre concorrência em seu artigo 170 consagrou também o princípio da livre iniciativa, do mesmo dispositivo. Sendo assim, são conceitos distintos, porém complementares, já que o desenvolvimento regular da ordem econômica somente será possível com a integração de ambos princípios. A iniciativa só será livre se os agentes econômicos puderem ter liberdade de empreender junto ao mercado, ou seja, de exercerem a atividade econômica, produzindo e colocando seus produtos no mercado, por sua conta em risco, sem a interferência estatal.²⁴

A corroborar tal entendimento, Fernando Aguilar destaca que:

O modo de produção capitalista nasce sob dois poderosos signos em contradição. De um lado, o princípio da livre empresa, delimitando espaços de ação dos agentes econômicos em face da interferência estatal. De outro, o princípio da liberdade de concorrência. Com frequência esses princípios são tomados, erroneamente, como sinônimos. O princípio da liberdade de empreender é o resguardo jurídico ao agente econômico de empreender o que desejar sem a interferência estatal. Corresponde, na esfera econômica, à proteção jurídica dispensada ao cidadão, no âmbito político. [...] O princípio da liberdade de concorrência é o contraposto do princípio da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo. O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.²⁵

²² BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. *Op. Cit.*, p.64.

²³ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 59.

²⁴ MALARD, Neide Terezinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico**. Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf> Acesso em: agosto de 2012.

²⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. *Op. Cit.*, p. 228

No tocante ao significado de livre iniciativa, aduz Fabiano Del Masso:

O mercado está aberto para quem quiser entrar e produzir o que bem entender, esta é a definição de livre iniciativa. [...] Conceitua-se portanto, a iniciativa econômica privada como direito subjetivo dos residentes de, preferencialmente, organizarem e exercitarem qualquer modo de atividade econômica voltada à obtenção de um rendimento de capital.²⁶

Ainda, destaca-se o entendimento de Celso Ribeiro Bastos:

Portanto, a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para a sua própria expressão e dignidade enquanto homem, porque cabe-lhe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, a expressão da sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.²⁷

José Afonso da Silva acrescenta que a liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e de comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato e aduz ainda que até a Primeira Guerra Mundial, a liberdade de iniciativa era exercida de forma plena, ela garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens, ou seja, o caráter absoluto da propriedade e também garantia aos agentes econômicos a possibilidade de regular suas relações de acordo com a sua conveniência. Cada agente econômico poderia exercer livremente a atividade escolhida. Mais tarde, na busca pela realização da justiça social, e de uma melhor condição de vida ao trabalhador, garantindo-lhe condição digna de existência, surgiram mecanismos para evitar o mau uso das atividades econômicas. O Poder Público passou a atuar, regulando a liberdade de indústria e de comércio, reprimindo os abusos do poder econômico até os dias atuais.

28

A livre iniciativa é um dos fundamentos do capitalismo. Ao reiterar esse entendimento, no parágrafo único do artigo 170 da Carta Magna, o Constituinte buscou afastar obstáculos que dificultassem, retardassem ou impedissem o livre exercício de qualquer atividade.²⁹

Em razão disso, a atuação do Estado na atividade econômica não pode interferir na domínio econômico fora das estritas hipóteses previstas na Constituição

²⁶ DEL MASSO, Fabiano. *Op. Cit.*, p. 45.

²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. Cit.*, p.113.

²⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed, rev e atual. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 760/770.

²⁹ BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.*, p.66.

Federal e deve sempre respeitar o direito à livre iniciativa como fonte fundamental da atividade econômica. Cabe ao Estado unicamente disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízos à concorrência e disciplinar a atuação dos agentes econômicos.³⁰

Em síntese, portanto, a finalidade da inserção da livre iniciativa no lugar em que se encontra é deixar certo que por ela que primordialmente se desenvolverá o país, através, portanto, da iniciativa privada, sendo subsidiária a atividade estatal. A livre iniciativa é colocada como um dos fins da estrutura política. É a livre iniciativa que deve prevalecer.³¹

Nesse sentido, observa Leonardo Vizeu Figueiredo:

Atualmente, 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. 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 tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora, a teor do que preceitua o artigo 174.³²

Ademais, segundo a visão de Celso Ribeiro Bastos, a livre concorrência é corolário da livre iniciativa. Só pode existir livre concorrência onde puder existir livre iniciativa. A livre concorrência é, pois, algo que se agrega à livre iniciativa e que consiste na situação em que se encontrarem os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência dos seus rivais.³³

Conforme acima exposto, os ditames da livre iniciativa e da livre concorrência se mostram prejudicados quando se está diante do abuso do poder econômico. Para o presente trabalho será importante estudar dentre as formas existentes de abuso desse poder, os monopólios, já que sobre eles incidirá a problemática central da pesquisa.

³⁰ FORGIONI, Paula A. *Op. Cit.*, p.230.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro *Op. Cit.*, p.114.

³² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. Cit.*

³³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Idem.*, p.112.

3 O SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO

3.1 Histórico evolutivo

O primeiro registro que se tem do serviço postal deu-se com a descoberta do Brasil em 1500 por Pedro Álvares de Cabral, onde Pero Vaz de Caminha relata através de uma carta dirigida ao Rei de Portugal o descobrimento de uma nova terra. Essa carta ficou conhecida como Carta de Caminha, que é considerada a Certidão de Nascimento do Brasil, por ser o primeiro documento oficial sobre o País.

Nesse contexto, João Pinheiro Bastos destaca:

Os correios estão ligados ao Brasil desde o seu descobrimento, afinal, ninguém desconhece que a certidão de nascimento de nosso país foi uma carta escrita por Pero Vaz de Caminha (1450-1500), escrivão da esquadra de Pedro Álvares Cabral (1467-1520), a D. Manuel I (1469-1521), O Venturoso, rei de Portugal. Podemos considerar, portanto que o serviço postal no Brasil começou a funcionar imediatamente após seu descobrimento, uma vez que também outros portugueses presentes na expedição devem ter enviado cartas aos seus parentes e amigos da Corte contando as novidades.³⁴

Nessa época, o Brasil era uma colônia de Portugal e os serviços postais reportavam-se aos correios em Portugal e à sua atuação neste novo território. Todavia, os portugueses não detinham um serviço organizado, tendo inclusive que recorrer às nações vizinhas. Na colônia, o transporte de correspondência era realizado por tropeiros, escravos, viajantes, de maneira totalmente desorganizada, sem qualquer garantia formal de entrega, pois se tratava de um serviço particular, que dependia do acordo entre as partes e da boa vontade do mensageiro de ocasião.³⁵

Tempos mais tarde, em 14 de fevereiro de 1796, o Vice-rei do Brasil, Dom José Luiz de Castro, propôs a criação de um serviço público de correios na cidade do Rio de Janeiro, pois, não obstante o esforço do correio-mor (título dado ao cidadão que tivesse o privilégio da exploração dos serviços postais), era impossível atender toda a demanda. Assim, em fevereiro de 1798, criou-se a primeira agência postal brasileira do interior na cidade de Campos, na capitania do Rio de Janeiro e, em abril, o Correio da

³⁴ BARROS NETO, João Pinheiro. **CORREIOS NO BRASIL: DA GESTÃO PATRIMONIALISTA À GESTÃO DA QUALIDADE.** 2006. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/2_Colocado_II_premio.pdf> Acesso em: agosto de 2012.

³⁵ CORREIOS. **História Postal no Brasil.** 2006. Disponível em: <www.correios.com.br/historiapostal> Acesso em: agosto de 2012

Corte estabeleceu-se no Brasil. Dois anos depois, foi instituído o serviço de correio marítimo para o Brasil, que passou a regular, através de instruções, o serviço postal interno do país. Esse regulamento possibilitou aos governos de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro estabelecerem seus próprios correios.³⁶

Apenas com a vinda da Família Real para o Brasil, em 1808 é que o serviço postal ganhou a necessária organização. O país passa da condição de colônia à de sede da monarquia portuguesa, estabelecida no Rio de Janeiro. A chegada da Família Real trouxe ainda, o desenvolvimento comercial, o progresso do correio marítimo e a elaboração do primeiro Regulamento Postal Brasileiro.³⁷

Em 1835, na tentativa de melhorar o serviço de mensagens, foi instituída a figura do hoje popular carteiro, que viabilizou a distribuição domiciliária de correspondências, mas somente era realizada para as casas que pagassem uma taxa anual situada entre 10 (dez) e 20 (vinte) mil réis.³⁸ Significativa inovação ocorreu em 1843, com a criação do primeiro selo brasileiro, o “Olho-de-Boi”. Com a introdução desse selo postal, houve novo progresso nas comunicações em todo o país. Dois anos depois, em 1845 visando a integração nacional foram instaladas as primeiras caixas de coleta do Império, no Rio de Janeiro. Uma nova emissão de selos denominados "Inclinados" foi lançada. Houve, ainda, a implantação do telégrafo elétrico na Corte.³⁹

As grandes transformações industriais e comerciais ocorridas no mundo do final do século XIX determinavam o progresso das comunicações em nível global e, por isso, em 9 de outubro de 1874, foi firmado em Berna, na Suíça, o tratado de criação da União Geral dos Correios - UGC, cujo objetivo era a formação de um único território postal para permuta recíproca de correspondência. Posteriormente, a UGC integrou-se à Organização das Nações Unidas – ONU e passou a ser denominada União Postal Universal - UPU. O Brasil filiou-se a UPU em 1877 e até hoje, todo o dia 9 de outubro comemora, como nos demais países membros, o Dia Mundial dos Correios.⁴⁰

Com a proclamação da República, em 1889, surgiu o primeiro Museu Postal Brasileiro. A aquisição de novas máquinas, a evolução dos transportes e a implantação

³⁶ BARROS NETO, João Pinheiro. *Op. Cit.*

³⁷ DE SOUZA, Daniel Gago. **Monopólio do sistema postal brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1936>> Acesso em: agosto 2012.

³⁸ Xavier, Emanuella Moreira Pires. **Exploração do serviço postal: Existe o monopólio da União?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2007, p.29.

³⁹ DE SOUZA, Daniel Gago. *Idem.*

⁴⁰ BARROS NETO, João Pinheiro. *Op. Cit.*

do correio aéreo marcaram esse período de notório desenvolvimento dos Correios, que puderam expandir seus serviços às populações de todas as regiões do País.⁴¹

Vale ressaltar que, tanto no Brasil Monarquista quanto no Republicano, somente o Estado explorava o serviço postal, já que, nessa época, o Estado brasileiro ainda estava em formação e não existia iniciativa privada, que nesse período não tinha capacidade e nem interesse econômico em desempenhar a atividade no país.⁴²

Com a Revolução de 1930, alterações profundas aconteceram na estrutura político-administrativa do Brasil, inclusive no setor postal. Em razão disso, os correios passaram a analisar não só sua estruturação, mas também a evolução de seu desempenho, seus meios e sua capacidade técnica de atender à necessidade de comunicação. Era necessária a reorganização e aperfeiçoamento do serviço postal para melhor atender com eficiência o interesse público.⁴³

Nesse contexto, teve início uma nova era na história dos correios, quando Getúlio Vargas fundiu a Direção-Geral dos Correios com a Repartição-Geral dos Telégrafos criando assim, o Departamento de Correios e Telégrafos (DCT). O DCT estava a cargo do Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas.

Ocorre que, o DCT não atendeu às expectativas que se esperava, porque, segundo Daniel de Souza:

Eram cerca de 17 mil funcionários pagos pelo DCT, mas que não trabalhavam, porque suas habilitações não permitiam. Eram açougueiros, fogueiros, maquinistas, garçons ou enfermeiros que não tinham o que fazer numa empresa de serviços postais. [...] 95 municípios não possuíam serviço postal. Empreguismo e desordem eram visíveis. Era preciso recuperar uma organização quase falida e desmoralizada.⁴⁴

As reclamações dos serviços de Correios e de Telegramas eram comuns nessa época. Além da desorganização funcional, o DCT prestava serviços precários sem qualquer confiabilidade. O telégrafo, por exemplo, era constantemente interrompido por defeitos nas linhas físicas insuficientes e sem manutenção. Tanto os telegramas quanto as cartas eram entregues sempre atrasados. Diante dessa realidade, eram imprescindíveis mudanças que viessem a melhorar a prestação dos serviços públicos relacionados aos meios de comunicação.⁴⁵

⁴¹ CORREIOS. **História Postal no Brasil**. 2006. *Op. Cit.*

⁴² Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.*, p.30.

⁴³ SOUZA, Daniel Gago de *Op. Cit.*

⁴⁴ SOUZA, Daniel Gago de. *Idem.*

⁴⁵ BARROS NETO, João Pinheiro *Op. Cit.*

O serviço postal permaneceu sob a competência da administração direta do Governo Federal até o final da década de 1960, quando foi publicado o Decreto-Lei nº 509 de 20 de março de 1969, criando a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, com sigla oficial ECT, como empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, para atender a reorganização do serviço postal tendo em vista a ineficiência do DCT. O serviço, a partir de então, seria prestado pela Administração indireta. João Pinheiro Bastos, sobre tema, aduz que:

A ECT foi constituída como Empresa Pública para atender objetivos sociais, atendimento de áreas longínquas do território brasileiro, confiabilidade, rapidez e regularidade exigidas pelo público usuário, além de prestar serviços de correios convencionais e avançados, transporte de encomendas e atendimentos especiais, de forma empresarial, com competitividade e lucratividade, de acordo com a qualidade exigida pelos diversos segmentos de mercado. Portanto, o intuito maior de transformar os Correios em empresa pública, foi dar-lhe as condições necessárias para desenvolver-se e competir no mercado em condições senão iguais, pelo menos semelhantes às da iniciativa privada. Não obstante, persistem muitas outras complexidades nessa organização, a começar pela própria definição do que seja uma empresa pública.⁴⁶

Posteriormente, foi editada a Lei nº 6.538 de 22 de junho 1978, ainda hoje em vigor, que consolida a legislação relativa aos Correios e Telégrafos. A ECT foi mantida como empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações, mediante a transformação da autarquia federal que era, então, o Departamento de Correios e Telégrafos (DCT). Atualmente, os Correios possuem no Brasil 12.644 (doze mil e seiscentos e quarenta e quatro) agências, sendo 5.895 (cinco mil e oitocentos e noventa e cinco) próprias e 6.749 (seis mil e setecentos e quarenta e nove) terceirizadas.⁴⁷

Ao longo dos anos, vários serviços foram sendo incorporados à empresa. Além dos tradicionais serviços de cartas, malotes, selos e telegramas, entre os novos serviços podem ser destacados:

- a) SEDEX, serviço de encomendas expressas que contem as modalidades SEDEX Hoje (garantia de entrega das mercadorias no mesmo dia da postagem.), SEDEX 10 (entrega garantida até às 10 horas da manhã do dia útil seguinte ao da postagem.) e SEDEX Mundi (remessas expressas internacionais dos Correios, que possui garantia de entrega para as principais

⁴⁶ BARROS NETO, João Pinheiro *Op. Cit.*

⁴⁷ CORREIOS. **Agências**. Disponível em: <www.correios.com.br/agencias> Acesso em: agosto de 2012.

idades do mundo.); b) **PAC** (uma modalidade de serviço de encomenda não expressa, para remessa de pacotes de até 30kg, contendo mercadorias com ou sem valor mercantil, com garantia de entrega de 3 a 8 dias úteis entre capitais, de acordo com a região de postagem e entrega.); c) **ENCOMENDA CUSTOMIZADA** (produto oferecido aos grandes clientes para distribuição em operações especiais, como é o caso dos livros didáticos do MEC, que devem chegar às escolas nas mais diversas localidades do país.); d) **MALOTE SERCA** (serviço de coleta, transporte e entrega de malotes, oferecido pelos Correios, ideal para remeter objetos de correspondências do dia-a-dia de uma empresa entre as suas unidades localizadas em diferentes pontos do território nacional; e) **REMESSA DE TALÕES DE CHEQUES E CARTÕES MAGNÉTICOS**. Os preços são calculados através do **Calculador de Preços** da ECT, em que se poderá verificar os valores correspondentes às remessas.⁴⁸

Com as transformações legislativas acima citadas com o fito de aperfeiçoar o serviço público em questão, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos se estruturou de tal forma que passou a desenvolver e oferecer serviços e produtos para atender às novas necessidades da sociedade.⁴⁹ Sucede que, a partir desse momento a ECT entendeu que os novos produtos fornecidos também estariam alcançados pelo seu regime monopolista .

3.2 Serviço postal e o instituto do Monopólio

De acordo com os princípios da livre iniciativa e concorrência as empresas públicas não poderão possuir nenhum privilégio ou benefício fiscal que já não sejam previstos para iniciativa privada. Ou seja, as empresas públicas não gozarão de qualquer privilégio administrativo, tributário ou processual, só auferindo aqueles que a lei instituidora ou alguma norma especial expressamente lhes conceder.⁵⁰

Segundo Irene Nohara, monopólio significa a “exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinados bens, serviços ou atividades econômicas, em

⁴⁸ CORREIOS. **Agências**. Disponível em: <www.correios.com.br/agencias> Acesso em: agosto de 2012.

⁴⁹ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.*, p.31.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. Cit.*, p. 261.

detrimento de qualquer concorrência. Ou seja, trata-se da atuação de uma única empresa sem a ameaça do ingresso de um concorrente”⁵¹.

Consoante entendimento de Fabiano Del Masso, o monopólio tem as seguintes características: a) apenas uma empresa domina a oferta de determinado setor; b) inexistência no mercado de produtos capazes de substituir aquele que é produzido pela empresa monopolista; c) inexistência de competidores imediatos, já que o aparecimento de uma empresa implica o desaparecimento do monopólio e d) poder de influência sobre os preços e abastecimento do mercado, já que detém o monopólio do fornecimento.⁵²

O monopólio de um todo não é, em si, ilícito, uma vez que há dois tipos de monopólio: o natural e artificial. O monopólio natural surge nos casos em que o alto custo da produção ou da prestação do serviço exige altas escalas, caso contrário, o próprio mercado não teria como absorver uma pluralidade de agentes e os custos decorrentes dessa competitividade acarretariam prejuízos aos agentes e preços altíssimos aos consumidores. A própria estrutura desses mercados, impede a organização de um regime de concorrência.⁵³ É dizer, o monopólio natural decorre de circunstância peculiar em que a exploração de uma determinada atividade econômica apenas será economicamente eficiente se for explorada por um único indivíduo.

Na verdade, a força motriz do monopólio natural, como bem observa André Ramos Tavares “não se situa, propriamente, no agente econômico, em sua vontade de excluir terceiros, mas sim na própria natureza ou no objeto da atividade a ser exercida”.

⁵⁴

Para Eduardo Molan Gaban, tem-se a caracterização de um monopólio natural quando uma única empresa oferta produtos ou serviços com uma melhor técnica e preço em relação a outros produtos e serviços dedicados por duas ou mais empresas do mesmo mercado, ou seja, é necessária a existência de uma única e superior tecnologia adequada ao negócio para configuração dessa espécie.⁵⁵

Ainda segundo Gaban, o monopólio natural do correios é tido como falacioso, visto que existe a necessidade da função de custo a longo prazo e os serviços

⁵¹ NOHARA, Irene Patrícia *Op. Cit.*.p.116.

⁵² DEL MASSO, Fabiano. *Op. Cit.*.p.138.

⁵³ BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.137.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p. 245.

⁵⁵ GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52/53.

postais apresentam características típicas de atacadistas e varejistas, o que não demandaria grandes investimentos ou tecnologia única e os componentes que englobam a atividade postal não possuem propriedades de monopólio natural, ou seja, nada veda a entrada de concorrentes nos mercados postais, visto a inexistência de fundamentos relativos a eficiência produtiva.⁵⁶

Já o monopólio artificial, decorre da vontade do agente econômico e da possibilidade econômica que este tem de implementá-lo. José dos Santos Carvalho Filho, por sua vez entende que o monopólio estatal tem a natureza de atuação interventiva do Estado direta ou indireta, em caráter exclusivo em determinado setor da ordem econômica. Ou seja, 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. Já o monopólio privado, por sua vez, é o decorrente de práticas abusivas de agentes econômicos com o fim de eliminar os demais competidores, colocando uma determinada atividade econômica sob a exploração exclusiva por parte de um único agente. Esse tipo de monopólio tem por escopo o aumento de lucros e o interesse privado e é defeso pelo Estado brasileiro, a teor das disposições do artigo 173, § 4º da CF.⁵⁷

De qualquer modo, o monopólio artificial, seja o privado, seja o estatal, o monopolista é quem forma o preço, não se subordinando às regras ditadas pelo mercado. Implica a determinação da qualidade e preço do produto ou serviço, exclusivamente por seu único produtor ou prestador, em detrimento do interesse do próprio consumidor que sempre procura uma otimização entre custo e benefício.⁵⁸

O monopólio estatal tem sua origem na era absolutista, quando a monarquia inglesa e francesa abarcavam um amplo leque de atividades econômicas, especialmente as mais rentáveis. A delegação de uma atividade econômica ao particular dependia da livre espontânea vontade da realeza. Naquela época, o monopólio era a regra e não a exceção.⁵⁹

Contudo, com o advento do liberalismo, que norteou tanto a independência norte-americana quanto a revolução francesa, surgiu a figura do Estado-mínimo, onde a

⁵⁶GABAN, Eduardo Molan. *Op. Cit.*, p. 56.

⁵⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.* p. 723

⁵⁸TAVARES, André Ramos *Op. Cit.*, p. 245.

⁵⁹TAVARES, André Ramos. *Idem*, p. 243.

sseara econômica caberia somente aos particulares. O monopólio, portanto, passou a ser incompatível com o ascendente liberalismo econômico.⁶⁰

Nesse passo, observa Diogo Moreira Neto:

A afirmação dos postulados liberais da liberdade econômica, a par da liberdade política e até mesmo como condição de sua realização prática, fez do Estado novecentista e do começo deste século um ferrenho combatente de cartéis, oligopólios e monopólios privados, vistos como subvertedores da normalidade da ordem econômica espontânea.⁶¹

Assim, o modelo de Estado Mínimo se caracterizou por um deslocamento das atribuições do Estado perante a economia e a sociedade. Preconizava-se a não-intervenção, e este afastamento em prol da liberdade individual e da competição entre os agentes econômicos. A única forma de regulação econômica deveria ser feita pelas forças do mercado.⁶²

Em razão dessa total ausência estatal, falhas do mercado surgiram e com isso se reconheceu a necessidade de intervenção do Estado na economia. Dentre as formas de atuação do Estado na economia, encontrava-se a exploração direta pelo Estado de determinada atividade econômica, ou até mesmo de forma monopolística.

Ressalte-se ainda, que no Brasil, o monopólio estatal foi concebido ainda no tempo da ditadura Vargas, foi introduzido na Constituição de 1946 (art. 146) e teve seu auge nas décadas de governo autoritário, de 1964 a 1984, que zelou por sua existência como instrumento de poder nacional.

Em seguida erigiu-se um novo modelo, denominado de neoliberal nas décadas de 1980 e 1990. Sob a égide desse modelo de Estado, o monopólio estatal voltou a ser exceção. A Constituição de 1988 surgiu exatamente nesse momento de transição do Estado, ou seja, amplamente influenciada por uma ideologia contrária a atuação estatal na economia, consagrando a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios basilares da Ordem Econômica, mas sem perder de vista a contextualização social.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. *Idem*, p. 244

⁶¹ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Op. Cit.*

⁶² MINTO, Lalo Watanabe. **Estado Mínimo.** Disponível em: <
http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_estado_minimo.htm> Acesso em:
outubro de 2012.

Com efeito, é sob essa exceção que os serviços postais brasileiros são regidos juridicamente prestados exclusivamente pelo Estado. A explicação para esse regime possui vários argumentos, mas talvez o principal seja o artigo 21, inciso X, da Constituição Federal, da qual se interpreta tratar-se de um serviço público. Tal compreensão, contudo, é alvo de inúmeros debates doutrinários e jurisprudenciais, visto que a atividade postal exercida pela ECT explora atividade econômica, dicotomia essa que será analisada no próximo item.

3.3 Controvérsias a respeito da natureza jurídica do serviço postal: Serviço Público ou Atividade Econômica?

Diante de toda construção acerca do direito concorrencial e do quadro evolutivo do serviço postal brasileiro, o presente trabalho nos leva a uma indagação importante: serviço público ou atividade econômica, esse debate faz sentido para os serviços postais? A doutrina e a jurisprudência divergem a respeito do tema, como já mencionado na pesquisa, pois há quem repute o serviço postal como serviço de utilidade pública e há quem qualifique tal serviço como meio de atividade econômica tipicamente privada.

A dicotomia entre serviço público e atividade econômica há muito se faz presente na seara da ciência do direito. Tal embate não se dá somente no âmbito conceitual, já que essa dicotomia não ocorre de forma isolada, ou seja, existem outros fatores além das características do objeto a qual você quer classificar.⁶³

Nesse sentido o autor Eduardo Molan Gaban elucidada:

Assim, a doutrina sugere que mais do que atrelá-lo às características da atividade analisada, é necessário verificar o contexto histórico que envolve essa apreciação, compreendendo-se, assim, a realidade econômica e política na qual o objeto de análise se insere. Desse modo, o que é atividade econômica hoje pode ser serviço público em outra sociedade com tendências políticas mais centralizadoras. Ou seja, uma atividade própria ao regime de livre concorrência pode receber tratamento de reserva legal a depender da linha liberal ou estatizante do território onde seja analisada.⁶⁴

⁶³ GABAN, Eduardo Molan *Op. Cit.*, p. 273.

⁶⁴ GABAN, Eduardo Molan. *idem*, p. 273.

Vale destacar que os julgamentos conceituais sobre serviços públicos e atividade econômica não podem alterar no campo infraconstitucional, já que a Carta Magna de 1988 estabeleceu sua vontade política naquele momento.

Aqueles que defendem o serviço postal como um serviço público entendem que devem ser afastadas as explorações da iniciativa privada, salvo por delegação facultada do Estado, enquanto os defensores da natureza de atividade econômica do serviço postal defendem a livre atuação privada nesse setor.⁶⁵

A prestação dos serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 175 que dispõe: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Já a exploração da atividade econômica está garantida também em seu artigo 170, parágrafo único: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Nesse sentido, para podermos classificar o serviço postal, faz-se necessário saber o que se entende por serviço público e por atividade econômica. Contudo, é importante destacar que conforme entendimento de parte da doutrina, a exemplo Maria Helena Diniz e Celso Antônio Bandeira de Mello, atividade econômica é expressão que deve ser tomada em dois sentidos – enquanto gênero, compreendendo duas modalidades (serviço público e atividade econômica em sentido estrito); enquanto espécie, ao lado de serviço público, se integra no gênero atividade econômica.

Daniel de Souza, citando Ubirajara Custódio Filho afirma que:

À luz da Constituição Econômica brasileira, o traço distintivo entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito reside na presença, no primeiro caso, e na ausência, no segundo caso, de dever estatal quanto à sua prestação.⁶⁶

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é “toda atividade material que a lei atribua ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.⁶⁷

⁶⁵ DE SOUZA, Daniel Gago. *Op. Cit.*.

⁶⁶ DE SOUZA, Daniel Gago. *Idem.*

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.94.

Com efeito, no esteio ainda nas palavras da autora supramencionada, atividade econômica não é uma atividade assumida pelo Estado como serviço público; é atividade tipicamente privada que o Estado exerce em regime de monopólio ou em regime de competição com a iniciativa privada, conforme determine o interesse público ou a segurança nacional. O Estado exerce essa atividade a título de intervenção no domínio econômico, uma vez que a natureza da atividade continua como tipicamente privada e ele se submete não a regras de direito público, mas, sim a regras de direito privado que não forem expressamente derogadas pela Carta Magna.⁶⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello já entende que o serviço público é uma atividade de utilidade que se destina a uma satisfação coletiva, ou seja, um contentamento aos administrados a qual o Estado assume pertinente deveres, sob um regime de Direito Público que prevê prerrogativas em decorrência da supremacia do interesse público, mas também prevê restrições especiais. A atividade econômica que pertence em sentido estrito aos particulares só pode ser executada pelo Estado em situações excepcionais, à primeira é o imperativo de segurança nacional ou relevante interesse público, circunstâncias previstas na Constituição Federal (artigo 173 da Constituição).⁶⁹

Marçal Justen Filho, por sua vez, ensina que serviço público constitui uma atividade pública administrativa para satisfazer as necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, e executada sob as normas de direito público. A respeito da atividade econômica propriamente dita, esta se sujeita aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência e o seu desempenho direto pelo Estado se configura como excepcional. Os serviços públicos são excluídos do âmbito desses princípios. Acrescente-se ainda que quando o Estado desempenha uma atividade econômica propriamente dita, a ela são aplicadas as regras uniformes, de direito privado, que se aplicam a todos os agentes, sejam eles particulares ou entidades administrativas estatais. Por essa razão, é que o artigo 173 § 2º da Constituição determina que quando da exploração de atividade

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p.397.

⁶⁹ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641/756.

econômica em sentido estrito o Estado não deve ter qualquer prerrogativa que prejudique a livre concorrência.⁷⁰

O autor ainda prossegue afirmando que para a conservação da ordem econômica constitucionalmente consagrada, é imprescindível que o Estado não goze de privilégios ou vantagens quando desempenhar atividade econômica propriamente dita. Visto que, dessa forma pode-se estar diante de uma lesão ao princípio da livre concorrência, e o Estado acabará por reduzir ou até mesmo eliminar as empresas privadas, não por ser mais eficiente, mas porque as leis afiançam benefícios desiguais.⁷¹

José dos Santos Carvalho Filho, ao seu turno, considera serviço público “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.”⁷²

Eros Grau, por sua vez mescla os conceitos afirmando que “serviço público seria o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete perfeitamente ao setor público”⁷³. Ou seja, os serviços públicos são espécie de atividade econômica que podem ser reservadas por lei para que sejam executadas preferencialmente pelo Estado.⁷⁴

Tal entendimento é visto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1642 de Minas Gerais, onde o Ministro Eros Grau elucida a expressão atividade econômico prevista no artigo 173, *caput* e § 1º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

A expressão atividade econômica conota, no contexto do art. 173 e seu § 1º, atividade econômica em sentido estrito. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se, aqui, de atuação do Estado – isto é, da União, do Estado-membro, do Distrito Federal e do Município – como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Atividade econômica em sentido amplo é território dividido em dois campos: o do serviço público e o da atividade econômica em sentido estrito. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios neste segundo campo. O preceito não alcança empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. Lembro

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2 Ed.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 487/571

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 487/571

⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. Cit.*, p.247

⁷³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988(interpretação e crítica)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.132.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p.132.

que há precedentes desta Corte sobre distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público, a ADI n. 83 e os Res ns. 220.906, 225.011, 229.696 e 354.897. Sobre o regime aplicável às empresas estatais que prestam serviço público e a impenhorabilidade dos seus bens, veja-se da nossa jurisprudência, além dos acórdãos acima indicados, nos Res ns. 220.906, 225.011, 229.696, 220.099 e 230.161-Agr e a AC n. 669. No que concerne às empresas estatais e entidades estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito, a ADI n. 83.

Leonardo Vizeu Figueiredo ensina que atividade econômica em sentido estrito são as atividades típicas do mercado, que envolvem produção, circulação e o consumo de bens e serviços, sendo regida exclusivamente por normas do direito privado. Dessa forma, as atividades econômicas em sentido estrito, a teor do artigo 173 da Constituição de 1988, 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. Já o serviço público, ainda segundo o autor acima é toda atividade prestada para atendimento das necessidades do Estado ou da sociedade, sempre sob regime de direito público.⁷⁵

Desta feita, a luz das lições anteriores acerca dessa dicotomia entre serviço público e atividade econômica sobre o serviço postal, parece claro que se trata de um ofício de exploração de atividade econômica submetida ao regime da livre iniciativa, ainda que tais serviços se submetam a regulação e normatização estatal, nos moldes do artigo 174, da Carta Magna de 1988.

Luis Roberto Barroso analisa o tema ora discutido. *In verbis*:

A realidade demonstra que, em todo o mundo, a prestação de serviço postal não pressupõe o exercício de um poder estatal: muitos Estados não lhe atribuem a qualidade de serviço público e outros sequer prevêem essa modalidade de intervenção do Estado na economia. Com efeito, ninguém é capaz de imaginar, na realidade atual, que o serviço postal só possa ser prestado pelo Estado ou que decorra de alguma de suas funções básicas. O serviço postal, portanto, não é, definitivamente, um serviço público inerente. A ordem jurídica anterior à Constituição de 1988 não considerava o serviço postal como serviço público - ao menos desde a década de 60 - e também a nova Carta assim não o consagrou. Como já referido, o serviço postal pode ter sido considerado um serviço público no passado, em razão principalmente da falta de capacidade ou interesse da iniciativa privada nesse empreendimento, mas já de algum tempo evoluiu para uma atividade econômica. O marco legal dessa alteração histórica na natureza do serviço postal brasileiro foi a transformação do Departamento de Correios e

⁷⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. Cit.*.

Telégrafos - DCT, em 1968, em empresa pública, à qual competia, nos termos do Decreto-lei 509, de 20/03/1969, a execução e controle, em regime de monopólio, dos serviços postais.

[...] Visto, assim, que os serviços postais não podem ser caracterizados como serviços públicos, chega-se à inevitável conclusão de que, atualmente, sua prestação pelo Poder Público configura meio de exploração de atividade econômica, o que, como regra, não impede que os particulares também a explorem concomitantemente, salvo a exceção da exploração monopolista legitimamente atribuída ao Estado. Cumpre, portanto, analisar se o serviço postal, embora explorado como atividade econômica e não como serviço público, estaria submetido a um regime de monopólio.⁷⁶

O surgimento desse tipo de empresa foi em decorrência do projeto de desburocratização e desestatização iniciado pelo Decreto nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que já previa a transferência das atividades para a iniciativa privada assim que pudessem ser exploradas satisfatoriamente por particulares e, caso continuassem sob a égide estatal, deveriam ser prestadas por empresas públicas e sociedades de economia mista. Nessa linha, destaca-se o posicionamento de Emanuella Moreira Pires Xavier:

Porém, se alguma dúvida ainda existia de que o serviço postal era atividade econômica, a própria União tratou de solucioná-la quando iniciou em 1989 os contratos de franquia para a exploração desses serviços. Se esses fossem serviços públicos, mas ainda, serviços inerentes ao Estado, importantes à soberania do país, esses contratos não poderiam ser celebrados.⁷⁷

Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva entende que os serviços postais se tratam de atividade econômica em sentido estrito, devendo ser explorado sob o regime da livre iniciativa.⁷⁸

Ademais, colaciona-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MONOPÓLIO POSTAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ATIVIDADE ECONÔMICA E PENHORABILIDADE DE BENS DA EMPRESA. I. É da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal que os bens da Empresa Brasileira de Correios e Telegráfos são suscetíveis de penhora, eis que se trata de empresa que explora atividade econômica, sujeitando-se ao mesmo regime jurídico das empresas privadas. Este tribunal sempre julgou no sentido ora empolgado pela Suprema Corte.⁷⁹

⁷⁶ ABRAED. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº46. Petição Inicial. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: outubro de 2012.

⁷⁷ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.*, p. 80.

⁷⁸ DA SILVA, José Afonso. *Op. Cit.*, p. 760/770.

⁷⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. AG 96.01.54770-3/GO. Rel. Candido Ribeiro. 3ª Turma. DJ – 30/09/1999.

O desembargador Castro Aguiar, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, entende que não se pode conceber o serviço postal como sendo serviço público. Basta que se observe que a exploração do serviço postal segue, até por decorrência de determinação constitucional, as regras do direito privado, sendo como é a ECT uma empresa pública. Logo, o regime não é o do direito público e não existe serviço público sob regime do direito comum. Conseqüentemente, segundo o autor a atividade, no caso, é econômica e, como tal, também sujeita à iniciativa privada, sendo obrigatória sua manutenção pela União, se o particular não o fizer ou o explorar de modo insatisfatório.

80

Eduardo Molan Gaban adota o conceito econômico de serviço público, o qual trata de atividade prestada pelo Estado em decorrência da falta de componentes da iniciativa privada interessados em executá-los por seus próprios interesses empresariais. Isto é o Estado pratica de forma direta os serviços à população, em razão da presença de falhas no mercado que impossibilitariam as perspectivas de ganho econômico por parte das empresas privadas.⁸¹

Para o mesmo autor, essa análise calha perfeitamente com o entendimento dado aos serviços público pela Constituição de 1988. Outrossim, pondera que “a escolha política do Estado em atribuir a certa atividade *status* de serviço público ou de atividade econômica deve estar de acordo com a realidade fática e o melhor interesse social”.⁸²

Segundo Gaban não há na realidade fática atual quaisquer falhas de mercado ou inércia da iniciativa privada, aliás, há uma grande manifestação para que certos serviços sejam delegados a terceiros, ou seja, a intervenção estatal hoje nos serviços postais demonstra uma clara interferência indevida do ente público na esfera privada.⁸³ Contudo, o que se está a demonstrar não é que o referido serviço seja deixado às margens do mercado, sem qualquer atuação do Estado, o que parece conveniente e mais eficiente seria o poder público atuar como regulador e garantidor dos serviços postais para que a livre iniciativa e concorrência sejam preservadas.

⁸⁰ CASTRO Aguiar. REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO . n.33. v. 10. jan./mar..p. 1354

⁸¹ GABAN, Eduardo Molan. *Op. Cit.*, p. 285.

⁸² GABAN, Eduardo Molan. *Idem*, p. 285.

⁸³ GABAN, Eduardo Molan. *Ibidem*, p. 285.

Sendo assim, o Estado poderia figurar como ator principal da execução de serviços em caso de ausência de iniciativa privada(carência de interesse empresarial). Vale ressaltar que, mesmo adotando um conceito econômico de serviço público nesta pesquisa, em nada afasta a obrigação do Estado em operar diretamente os serviços tidos como essenciais a população seja em razão da existência de falhas estruturais do mercado ou por ausência de perspectiva de ganhos econômicos por parte dos agentes privados.⁸⁴

Ao longo do contexto histórico o que se percebe é o afastamento do Estado na exploração de atividades econômicas e uma conseqüente melhora na prestação dos serviços quando executados por agentes privados. Nesse sentido, atenderia muito mais aos princípios da livre iniciativa e concorrência e até mesmo o do interesse público se a ECT e o governo brasileiro analisasse os exemplos internacionais de empresas estatais que causaram prejuízo ao erário de seus países para concluir que o monopólio estatal só deveriam existir em casos de falhas do mercado ou ausência de atores privados para o exercício da atividade.⁸⁵

Por fim, atualmente há milhares de franqueados dos Correios no Brasil, explorando a atividade postal, o que caracteriza o serviço postal como típico serviço a disposição da iniciativa privada.

⁸⁴ ⁸⁴ GABAN, Eduardo Molan. *Op. Cit.*, p. 285.

⁸⁵ ⁸⁵ GABAN, Eduardo Molan. *Idem*, p. 335.

4 MONOPÓLIO DO SERVIÇO POSTAL BRASILEIRO EM PERSPECTIVA CRÍTICA: JULGAMENTO DA ADPF 46.

O tema do monopólio do serviço postal é instigante e sempre gerou inúmeras polêmicas, uma delas judicial. No dia 14 de novembro de 2003, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED⁸⁶ ingressou no STF com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº46 com a finalidade de reparar lesão a diversos preceitos fundamentais contidos na Constituição de 1988, perpetrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos como será analisado a seguir.

O julgamento em apreciação é alvo de diversas críticas, uma delas e talvez a principal seja a falta de um debate com profundidade que relacionassem a ordem econômica constitucional vigente e o modelo de monopólio exercido pela ECT. Com efeito, o julgamento formou três importantes correntes no Tribunal, a primeira é percebida exclusivamente no voto vencido do Ministro Marco Aurélio, a segunda é formada pelos votos dos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski – e, por fim a terceira e vencedora corrente, perfilhada pelos Ministros Eros Grau, Ellen Graice, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ayres Brito.

4.1 A iniciativa privada e o questionamento da prestação do serviço postal: A ABRAED e a ADPF 46

A ADPF 46 foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. A medida de controle de constitucionalidade concentrado foi

⁸⁶ ABRAED é uma associação civil de âmbito nacional, que representa e defende as empresas de distribuição existentes no território nacional que se dedicam exclusivamente à distribuição e logística e congrega associados em mais de nove estados brasileiros. Desse modo teve legitimidade para a propositura da presente ação em estudo. Ela é constituída unicamente por pessoas integrantes da mesma área profissional e econômica, formando um órgão representativo de categoria específica, onde a argüente é uma entidade absolutamente homogênea de abrangência nacional.

iniciada com base nas duas hipóteses previstas no artigo 1º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.882/99: a) a relevância da controvérsia decorrente de lei federal anterior à Constituição de 1988 e por esta tacitamente revogada, a Lei nº 6.538/78 e b) Atos do Poder Público, perpetrados por meio da empresa pública federal do Correios e Telégrafos.⁸⁷

Pretendia a autora argüir o descumprimento dos preceitos fundamentais elencados nos artigos 1º, inciso IV (livre iniciativa)); 5º, inciso XIII (liberdade do exercício de qualquer trabalho); e 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único (livre iniciativa e livre concorrência) por parte da argüida.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversas empresas de distribuição, em todo o território nacional foram criadas com o fim de atenderem a demanda do mercado de serviços de logística, movimentação de materiais, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de contas de luz e gás, etc., tendo elas todas recebido autorização de todos os entes federativos da União, não incluindo o serviço de entrega de cartas pessoais e cartões-postais.⁸⁸

Ocorre que, a Lei 6.538 de 22 de junho de 1978, portanto anterior à Constituição Federal de 1988, que regula os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama, em seu artigo 9º, I determina que são exploradas pela União, em regime de monopólio as seguintes atividades postais:

- a) recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal;
- b) recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada;
- c) fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.

Ainda, o artigo 42 da referida lei prevê punição para aquele que violar esse monopólio da União.

Com base nisso, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ajuizou diversas ações em vários Estados brasileiros para expurgar a concorrência e banir do

⁸⁷ ABRAED. *Idem*.

⁸⁸ ABRAED. *Ibidem*.

mercado todas as empresas do ramo de distribuição sob a alegação de que possuía o monopólio postal absoluto e, assim, toda e qualquer correspondência, seja ela uma conta de água, ou uma encomenda, estaria sob o conceito de carta, ou seja, papel escrito, metido em envoltório fechado, que se envia de uma parte a outra para comunicação entre pessoas distantes.⁸⁹

Nesse ponto, destaca-se a transcrição de notícia veiculada no *site* da ECT, de 29 de abril de 2005, intitulada “Correios declaram guerra a *couriers*, sobre como vem agindo junto às empresas que atuam no mesmo mercado:

Com mão forte, a ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) retomou a ofensiva cujo objetivo é aniquilar as pequenas empresas de courier, que pouco a pouco tomam o mercado nacional de encomendas expressas e, segundo os Correios, o de cartas. Os expedientes empenhados: apoio da PF (Polícia Federal), para várias blitzes nas empresas em pontos do país e ações em Tribunais Federais nas regiões com o pedido de fechamento imediato das empresas”. A ação não poupa nem as firmas que contratam os serviços como companhia de água, de luz ou mesmo os bancos.⁹⁰

A principal tese jurídica defendida pela ABRAED é a de que o comando do Constituinte, expresso no inciso X do artigo 21 da Constituição Federal de 1988 – a saber: “compete a União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” – é no sentido de que a União tem o dever de garantir o serviço postal, mas não necessariamente o de explorá-lo diretamente.

Argumentou ainda a argüente que o serviço postal se caracteriza como atividade econômica, razão pela qual, as ações ajuizadas pelos Correios ofendem os princípios constitucionais da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º), do livre exercício de atividade laboral (inciso XIII do artigo 5º) e da livre concorrência (inciso IV do artigo 170). Ademais, não haveria que se falar em monopólio constitucional postal, já que a figura do monopólio é uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro e só é

⁸⁹ ABRAED. *Ibidem*.

⁹⁰ CORREIOS.

Notícias.

Disponível

em:

<www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1>

Acesso em: novembro de 2012.

válida para os casos que o artigo 177 da Constituição Federal de 88 taxativamente enumerou.⁹¹

Por conseguinte, requereu a ABRAED que: a) fosse reconhecida a violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, b) declarar a inconstitucionalidade da Lei 9.882/99, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências e, c) fosse restringido o conceito de carta 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, excluídos expressamente deste conceito as correspondências de mala-direta, revistas, jornais, periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários como talões de cheque, etc.⁹²

Dessa forma, a finalidade da ABRAED ao ingressar com ADPF nº 46 era ter um posicionamento definitivo se a atividade de serviços postais prevista no artigo 21, X da Constituição Federal de 1988 estaria ou não sob o regime de monopólio estatal, uma vez que o Judiciário ora decidia no sentido da existência do monopólio postal, determinando a suspensão das atividades das empresas que operam no setor de distribuição de encomendas, ora pela livre concorrência de serviço postal, mantendo a atuação das mesmas.

Segundo a ABRAED essa indecisão do Judiciário geraria insegurança jurídica e instabilidade no mercado, o que não pode ser permitido em um Estado Democrático de Direito. Assim, com o fito de modificar esse cenário instável é que a entidade ingressou com a ADPF submetida à análise do STF, suscitando diferentes posições de seus Ministros.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio entendeu que o serviço postal é uma atividade econômica e que a expressão manter não pode ser vista como monopólio. Argumentou que não se pode conceber, porque não há qualquer dispositivo constitucional que assim o permita, é a convivência da liberdade de iniciativa como princípio fundamental da República Federativa brasileira e o vetusto e ultrapassado monopólio, há muito instituído, por meio de lei anterior à Carta de 1988 e que não mais

⁹¹ DE OLIVEIRA, Régis. **Projeto de Lei nº. 3.677, DE 2008**. Disponível em: <http://www.fentect.org.br/Informes%20da%20FENTECT/2009/PARECER%20DO%20RELATOR.doc>.

Acesso em: novembro de 2012.

⁹² ABRAED. *Op. Cit.*

atende ao interesse público, cuja sobrevivência decorreu, ao longo desses anos, de pressões político-partidárias, fazendo gerar inúmeros conflitos de interesse. Explicou ainda que:

a experiência vem demonstrando é que, em muitos casos, mais se atende ao interesse social quando o Estado se retira da prestação direta e passa a atuar de outra maneira, como ente capaz de regular, fiscalizar e impor sanções de acordo com os ditames do artigo 174 da CF e liberta a atividade econômica para seus verdadeiros titulares, a iniciativa privada.⁹³

Dessa forma, acolheu o pleito formulado na inicial para declarar que os artigos 9º e 27da Lei nº 6.538 de 1978, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, em razão de terem disciplinado o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União.⁹⁴

O Ministro Gilmar Mendes entendeu que o serviço postal tem natureza de serviço público. Tal entendimento fundou-se em interpretação sistemática do texto constitucional. Isso porque, não sendo assim, se fosse atividade econômica que poderia admitir a atuação estatal por razões de interesse público, não haveria necessidade do disposto no artigo 21, X, da Constituição Federal de 1988, bastaria o comando do artigo 173 da CF que se refere às hipóteses de atuação estatal direta na atividade econômica por razões de segurança nacional ou interesse público. Argumentou ainda que mesmo considerando o serviço postal como serviço público não haveria como negar o tratamento constitucional peculiar em relação a esse serviço, uma vez que diferentemente do que dispõem os incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição Federal de 1988, não há no inciso X referência à exploração direta ou mediante concessão, permissão ou autorização da atividade. Entendeu o ministro que a utilização do verbo “manter”, ao invés de “explorar diretamente”, significa que a Constituição Federal de 1988 concedeu ao legislador ordinário alguma flexibilidade quanto à escolha adequada do modo pelo qual a Administração deverá assegurar a prestação do serviço postal a toda a sociedade, e sendo assim, o serviço poderá ser prestado tanto por autorização, concessão ou permissão, ou por outros meios, inclusive a execução pela iniciativa privada.⁹⁵

Entendeu, por fim, que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência agrupada e fabricação de

⁹³ Voto do Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: novembro de 2012

⁹⁴ Voto do Ministro Marco Aurélio. *Op. Cit.*.

⁹⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: < www.stf.gov.br>. Acesso em: novembro de 2012.

selo, nos termos do art. 9º da Lei 6538, não abarcando a distribuição de boletos bancários, contas de luz, água, telefone, jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de encomenda ou impresso, e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva (monopólio) pela União.⁹⁶

O Ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que a competência privativa da União para manter o serviço postal, nos termos do artigo 21, X, da CF, não engloba a correspondência comercial e a entrega de encomendas. Esses serviços não estariam abrangidos pelo monopólio estatal, que se limita ao serviço postal estrito sensu, ou seja, à entrega de correspondência pessoal – inclusive ligada à garantia que a Constituição estabelece relativamente à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas –, à emissão de selos e etc. Dessa forma, estaria fora do monopólio estatal a entrega de talão de cheque, de cartões de crédito, de boleto de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas e impressos, que constituem uma atividade tipicamente econômica, até porque uma solução em sentido contrário militaria contra a realidade já delineada no mundo globalizado. Estariam excluídas deste monopólio também as entregas de encomenda, os serviços de courier, pois já convivem com o correio estatal – não só no Brasil, como no exterior – há muitos anos com êxito, empregando centenas de milhares de pessoas.⁹⁷

Os Ministros Cezar Peluso e Carmem Lúcia decidiram por sua vez acompanhar o voto do Ministro Eros Grau que entendeu que o serviço postal não se caracteriza atividade econômica, em sentido estrito, a ser explorada pela empresa privada. Por isso é que a argumentação em torno da livre iniciativa e da livre concorrência acabou perdendo o sentido. Explicou ainda que monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. E por fim, entendeu que a Lei 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, e que a ECT atua e deve atuar em regime de exclusividade da prestação dos serviços que lhe incumbem.⁹⁸

O Ministro Joaquim Barbosa entendeu que o serviço postal é serviço público e que não é mera faculdade do Poder Público colocar o serviço postal à

⁹⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes *Op. Cit.*.

⁹⁷ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: < www.stf.gov.br >. Acesso em: novembro de 2012.

⁹⁸ STF. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº46. Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: novembro de 2012.

disposição da sociedade, que deve ter acesso irrestrito ao serviço. Salientou que as empresas privadas querem atuar no setor mais lucrativo e se restringem aos grandes centros urbanos, não alcançando municípios pequenos e distantes. Ressaltou ainda que a possibilidade de quebra do regime de monopólio em relação ao serviço especial de entrega de correspondência comercial deve ser tratado pelo legislador ordinário, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada por meio de concessão e permissão.⁹⁹

O Ministro Carlos Ayres Brito, afirmou que a atividade exclusiva da União garante a integração nacional e o sigilo das correspondências. Argumentou ainda que estaria excluído do monopólio estatal a atividade meramente mercantil.¹⁰⁰

O Ministro Celso de Mello entendeu ser o serviço postal um serviço público, porém afirmou que as transformações sociais, econômicas e tecnológicas vem impondo à Lei 6.538/78 uma inconstitucionalização.

A Ministra Ellen Gracie observou em seu voto que o serviço postal é serviço público não uma atividade econômica em sentido estrito. A União tem o dever de prestar o serviço postal em todo o território nacional, exercida por delegação legal a uma empresa pública expressamente constituída para tal finalidade. Sendo serviço público, não se aplica portanto os princípios da livre concorrência e livre iniciativa, mas sim a supremacia do interesse público e por isso é mantido, ainda que em condições deficitárias, como é o caso da entrega de correspondência em lugares remotos e de difícil acesso no território nacional brasileiro.¹⁰¹

No dia 5 de agosto de 2009, o Supremo Tribunal decidiu por maioria julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, reconhecendo a recepção da Lei 6.538 de junho de 1978 pela Constituição Federal e assim, mantendo o monopólio do serviço postal pela União. 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, ou seja, a prestação exclusiva pela

⁹⁹ Secretaria de Comunicação Social. **Mantido Monopólio da ECT**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1639638/mantido-monopolio-da-ect>> Acesso em: novembro de 2012.

¹⁰⁰ Secretaria de Comunicação Social - SCS. **Mantido Monopólio da ECT**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1639638/mantido-monopolio-da-ect>> Acesso em: novembro de 2012.

¹⁰¹ Empresa Brasil de Comunicação - EBC. **Ministros do STF divergem sobre o monopólio dos correios**. Disponível em: <www.ebc.com.br> Acesso em: novembro de 2012.

União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência agrupada, não abarcando a distribuição de boletos, jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos.

4.2 Análise da decisão da ADPF 46 a luz da Constituição Federal de 1988

O julgamento da ADPF 46, para presente pesquisa, mostrou um avanço no sentido de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal ficaram sensíveis aos argumentos econômicos e de uma forma indireta despontaram o que pode se entender por serviço público e atividade econômica frente a Constituição Federal 1988. Vale ressaltar que a presente discussão deverá se desdobrar em outros julgamentos no STF e talvez com outra ponderação, seja pelo entendimento de desmistificar a ideia de que o monopólio legal proporciona lucros consideráveis para que atividade postal possa ser subsidiada pela ECT ou até mesmo no sentido de liberar o mercado para iniciativa privada, já que o novo julgamento seria apreciado por um Tribunal praticamente diferente do que avaliou a ADPF 46, visto a presença de novos Ministros na Corte.¹⁰²

Embora o STF tenha relativizado a exclusividade da ECT, mantendo a exclusividade somente em algumas atividades do setor postal como foi acima descrito, entende-se que não há como se reconhecer a subsistência do monopólio do setor postal no atual texto constitucional. Isso porque, como se sabe, o atual mosaico constitucional referente à Ordem Econômica refere-se a uma inclinação neoliberal, em que a atuação estatal afigura-se como exceção.

A comprovada ineficácia com que a atividade econômica era prestada pelo Estado acabou por acelerar a progressiva retirada do Estado da prestação das atividades econômicas. Nem sempre a preservação de interesse público é sinônimo de atuação estatal.¹⁰³

Emanuella Moreira Xavier, citando Gaspar Arino Ortiz, assim coloca:

A presunção de que o Estado é um ente angelical que vela cuidadosamente pelo bem público não mais se sustenta. A manutenção do monopólio do serviço postal constitui uma ameaça para as liberdades públicas, para a capacidade dos cidadãos desenvolverem as atividades que lhe pertencem.¹⁰⁴

¹⁰² GABAN, Eduardo Molan. *Idem*, p. 301.

¹⁰³ Voto do Ministro Marco Aurélio de Melo *Op. Cit.*.

¹⁰⁴ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.* p. 71

O artigo 173, *caput*, previu, única e exclusivamente, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, sem mencionar, em qualquer momento, a situação de excepcionalidade, qual seja a monopolística. Isso quer dizer que o posicionamento ideológico adotado pela Constituição, é não apenas a excepcionalidade na exploração direta de atividade econômica pelo Estado, mas, principalmente a atuação monopolística do Estado na economia.¹⁰⁵

A intervenção estatal na economia deve ser excepcional. O princípio é da subsidiariedade estatal, ou seja, apenas será aceita a participação do Estado nas atividades econômicas caso não haja interesse da iniciativa privada para desenvolver tal atividade, ou ainda para corrigir alguma deficiência, mas sempre com a intenção de incentivar a livre iniciativa e a livre concorrência, sendo inaceitável o Estado tomar para si a exploração de tais atividades em regime de exclusividade.¹⁰⁶

Os monopólios estatais, segundo Diego Figueiredo Neto, perderam sua importância no novo contexto da economia e passam a ser considerados não só tão inconvenientes e nefastos como os privados, como até mais perigosos, porque, além de concentrarem poder econômico, como os privados, dispõem de poder político. Enquanto os monopólios privados estorvam a liberdade econômica, os monopólios estatais comprometem, além da liberdade econômica, a liberdade política.¹⁰⁷ Para Vicente Bagnoli os monopólios são considerados subvertedores da normalidade da ordem econômica espontânea. São a forma menos eficiente e mais irracional de organização econômica.¹⁰⁸

Sendo assim, o monopólio da União da Ordem Constitucional vigente ficou bastante limitado. Segundo José Afonso da Silva, sendo o monopólio estatal exceção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, o monopólio só é reservado apenas para as hipóteses elencadas no artigo 177. Tal artigo é exaustivo e não exemplificativo. Acrescenta ainda que, conforme o artigo 173 da Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente haverá quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

¹⁰⁵ TAVARES, André Ramos. *Op. Cit.*, p. 251.

¹⁰⁶ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.* p. 107

¹⁰⁷ MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Op. Cit.*.

¹⁰⁸ BAGNOLI, Vicente. *Op. Cit.* p.137.

Todavia, ainda nesses casos não quer dizer que será em regime de monopólio, já que este acontece somente no caso do 177.¹⁰⁹

Corroborando tal entendimento, Leonardo Vizeu Figueiredo assim expõe sobre o tema:

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, salvo nos casos excepcionados no próprio texto constitucional (artigo 177).¹¹⁰

Ademais, Celso Ribeiro Bastos entende de que é impossível falar-se em monopólio ou exclusividade da União com referência aos serviços postais. “O nosso sistema econômico e financeiro tem como regra a iniciativa particular e como exceção a intervenção do Estado, que, portanto, deve ser restritivamente interpretada, principalmente quanto se cuida de monopólio.”¹¹¹

Não cabe mais estabelecimento de exclusividade por meio de normas infraconstitucionais. Isso porque, pela atual Carta Política, sequer podem existir ou ser criados monopólios por leis infraconstitucionais, como acontecia na Constituição anterior. Não há mais na atual constituição a abertura normativa nas constituições anteriores que autorizavam o Poder Público, por ato infraconstitucional a monopolizar qualquer atividade que fosse do seu interesse. Extinguiu-se a possibilidade constante do artigo 163 da Carta Constitucional de 1967/69, nos seguintes termos:

São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinadas indústrias ou atividades, 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.

Quanto à interpretação do artigo 21, inciso X, da Carta Magna, as empresas privadas do setor de distribuição comprovam ser a mesma da contemplada para a educação, saúde e para o sistema financeiro nacional. Cabe ao Estado mantê-los, todavia, isso não impede a iniciativa privada de explorá-los. Como a regra é da livre

¹⁰⁹ DA SILVA, José Afonso. *Op. Cit.* p. 782

¹¹⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Op. Cit.*

¹¹¹ ABRAED. *Op. Cit.*

iniciativa, não existe presunção de monopólio. Trata-se de exceção ao regime constitucional vigente.¹¹²

Com efeito, Celso Ribeiro Bastos ainda explica:

O artigo 21, X, diz competir à União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. A afetação à União do serviço postal e do correio aéreo nacional só pode ser entendida como tarefa imposta ao Poder Público federal a ser cumprida dentro de um regime concorrencial ou de liberdade de iniciativa que, como vimos, no nosso Direito é o decorrente dos princípios que fundam a nossa Ordem Econômica. Qualquer atividade atribuída ao Poder Público, sem referencia ao caráter exclusivo induz necessariamente a que a natureza dessa atribuição seja não impeditiva do exercício de igual atividade pelos particulares. Não se pode ter monopólio presumido. Há absoluta omissão do texto constitucional quanto a qualquer indício, vestígio ou sinal do seu intento de atribuir ao Poder Público o monopólio dessa atividade. A reforçar este argumento existe ainda a circunstancia de que fora essa a intenção do texto e deverá ele esclarecer se o serviço público é prestado diretamente ou mediante concessão. Se referência não é feita a uma dessas modalidades de serviço público é porque desse instituto não trata. Se se forçar a inteligência de que se cuida efetivamente de serviço público, a própria ECT seria inconstitucional, eis que não encontra permissão na Lei Maior para que tal suposto serviço público pudesse ser prestado por empresa concessionária, ainda que estatal.¹¹³

Reforçando tal entendimento, Mara Lina Silva do Carmo, ressalta que a Carta Magna atual (art. 21, X) dispõe apenas que competirá à União manter o serviço postal, mas não impõe que seja em regime de monopólio, do contrário teria empregado as expressões "privativa" ou "exclusivamente", ou então teria incluído o serviço postal dentre as hipóteses previstas no art. 177.¹¹⁴

Segundo Emanuella Moreira Xavier, a exploração do serviço postal é essencial para o desenvolvimento de qualquer sociedade, e foi por tal motivo que a Constitucional Federal de 1988 determinou que a União não deixasse que esse serviço fosse extinto. Porém, não se deve levar à interpretação de que a exploração desse serviço seja exclusivo da União, ao contrário, ao se interpretar o artigo 21, X, da CF/88, se chega à conclusão de que o monopólio postal não lhe foi assegurado. Tal conclusão é resultado dos seguintes argumentos: a) o princípio fundamental da livre iniciativa, b) os programas de desburocratização iniciados pelo Estado Brasileiro, c) a abertura ao

¹¹² SOUZA, Marco Aurélio. **Julgamento da ADPF 46**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=18328> Acesso em: novembro de 2012.

¹¹³ ABRAED. *Op. Cit.*.

¹¹⁴ DO CARMO, Mara Lina Silva. **Crime de violação do privilégio postal da União x Constituição Federal de 1988: atipicidade da conduta em virtude da não recepção constitucional**. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBBC0A08B3-11DF-4642-9E59-B5FFCD286DAA%7D_017.pdf> Acesso em: novembro de 2012.

capital estrangeiro, d) o princípio da subsidiariedade estatal e, e) o fortalecimento da cooperação entre a iniciativa privada e o Estado.¹¹⁵

Acerca ainda do artigo 21, inciso X, Eduardo Molan Gaban elucidada:

Na Constituição Federal de 1988 mais uma vez é mantida a redação relativa aos serviços postais, no sentido de que cabe a União mantê-los (Art. 21, X). Em relação a esta previsão, nada mudou. Todavia, não consta no texto constitucional de 1988 previsão sobre a exclusividade na prestação dos serviços postais e, tampouco, possibilidade de o Estado escolher discricionariamente setores da economia para reservar a monopólios legais. Nesse contexto, trava-se grande debate acerca da possibilidade de essa “manutenção” dos serviços postais continuar se dando por meio de exercício de monopólio pela ECT, diante do fato de que, no capítulo “Da Ordem Econômica e Financeira” da atual Constituição, não há previsão ou abertura a outros monopólio, na forma como ocorria com as Cartas de 1946, 1967 e 1969.¹¹⁶

O mesmo autor ainda destaca que a proposição normativa dos serviços postais na atual Carta Magna pouco evoluiu, mas não se pode estender tal raciocínio ao objeto dessa norma, visto que as primeiras Constituições estabeleciam que o Estado por ter capacidade e interesse podia executar os referidos serviços de correios. Sucede que, atualmente o cenário mostra que tal capacidade não é mais a mesma e que a iniciativa privada possui os requisitos do interesse e da envergadura necessárias para execução da atividade, quiçá até mais que a própria Empresa Estatal.¹¹⁷

Os serviços de entrega e distribuição passaram por inúmeras mudanças. Antes, quase não havia competição, gozando os Correios de posição quase exclusiva. Hoje, com os avanços tecnológicos, a globalização da economia, o afastamento do Estado das atividades econômicas exploradas pela iniciativa privada, que aliadas ao advento da internet, os Correios não atuam mais sozinho no mercado, mas diversas empresas, inclusive multinacionais, prestando serviços de entrega, seja em âmbito nacional, seja em âmbito internacional.¹¹⁸

Ademais, acrescenta Adolfo Sachsida:

Quem defende o monopólio dos correios argumenta que na ausência de monopólio as pequenas localidades não seriam atendidas. Esse argumento é o mesmo das pessoas que antes eram contrárias à privatização das telecomunicações. Argumentava-se que sem o monopólio das

¹¹⁵ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.* p. 92.

¹¹⁶ GABAN, Eduardo Molan *Op. Cit.*, p. 254.

¹¹⁷ GABAN, Eduardo Molan. *Idem*, p. 254.

¹¹⁸ ABRAED. *Op. Cit.*

telecomunicações as pequenas (e pobres) localidades não seriam atendidas. O tempo provou que este argumento estava incorreto.¹¹⁹

Após as privatizações das telecomunicações, o argumento do sigilo das informações apontados pelos defensores do monopólio da União, foi enfraquecido. Mesmo porque, se alguma correspondência, qualquer que seja, uma simples carta pessoal ou até mesmo uma encomenda, os responsáveis terão a devida punição, como o seriam por qualquer descumprimento contratual. Ainda, se assim não fosse, não haveria bancos privados, sob o mesmo argumento do sigilo.

Para afastar o argumento de que o monopólio reservado à União apenas é o das atividades estabelecidas pelo artigo 177 e não estando o serviço postal aí inserido, encontra-se o seguinte argumento: as matérias tratadas pelo referido artigo correspondem apenas às atividades econômicas desenvolvidas com exclusividade pela União Federal, e como o serviço postal é considerado serviço público, não poderia ser mencionado nesse dispositivo constitucional.

Contudo, tal argumento não merece prosperar, primeiramente pelas exposições já colocadas em outra oportunidade no presente trabalho, em que se conclui ser o serviço postal uma atividade econômica, e segundo porque desde o nascimento da ECT, a matéria vem sendo tratada como atividade econômica e não serviço público, daí se falar, desde então, de monopólio.

Na verdade, vale lembrar que ainda que alguns sustentem ser o serviço postal serviço público e outros entendem ser atividade econômica, o que se mostra atualmente é que o Estado e a sociedade não são mais sistemas autônomos, autoregulados. O que se percebe é uma relação de cooperação entre o Estado e os particulares. Nesse sentido, Emanuella Moreira Xavier citando Eros Grau:

Não temos uma Constituição de 88 e sim uma Constituição do Brasil dos dias atuais, que está sendo interpretada/aplicada de acordo com o nosso momento histórico, instalando a Cada dia, um novo ponto de partida, um novo horizonte de pré-compreensão.¹²⁰

¹¹⁹SACHSIDA, Adolfo. **Eu apóio o fim do Monopólio dos Correios**. Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:bK19Sgd034EJ:www.fentect.org.br/Informes%2520da%2520FENTECT/2009/PARECER%2520DO%2520RELATOR.doc+papel+da+abraed&cd=29&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: novembro de 2012.

¹²⁰Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Op. Cit.* p. 123.

Também não se deve sustentar os argumentos da segurança e da integração nacional para a permanência do serviço com a União. O serviço postal, atualmente, não é mais relevante para a segurança nacional e nem para a soberania. Vive-se na era tecnológica, onde se pode transmitir dados de um lugar para outro em fração de segundo utilizando apenas máquinas.¹²¹

É importante registrar que as empresas distribuidoras de encomendas atuaram, sem embaraços, durante anos e por todo o território nacional, contribuindo com o desenvolvimento da economia e gerando muitos empregos, até que passaram a ser objeto de notificações judiciais, seguidas de ações civis e criminais ajuizadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que questionava o desenvolvimento de suas atividades sob o argumento de possuir monopólio postal absoluto de entrega do gênero “correspondências”.¹²²

Aos que sustentam que retirando o monopólio do serviço postal da União não há se quer respaldo, visto que conforme acima descrito, há inúmeras empresas convivendo com a ECT, sem que esta tenha se tornado economicamente inviável, uma vez, que o lucro dos Correios em 2008 foi na casa dos R\$ 800 milhões de reais, conforme balanço divulgado.¹²³

Não obstante, há inúmeros países que já superaram essa ideia de uma única empresa explorando o serviço postal. Nos EUA, o monopólio estatal convive com as duas maiores gigantes multinacionais FEDEX e *United Parcel Service* (UPS). A empresa estatal *United States Postal Service* (USPS) tem o monopólio da entrega relativamente às cartas comuns, mas não quanto às encomendas expressas e ao serviço rápido, que são abertos à concorrência. A maior empresa privada do país (UPS), inclusive, fatura 30 bilhões de dólares por ano, entrega 14 milhões de encomendas por dia e, junto com a FEDEX, emprega 630.000 (seiscentos e trinta mil) funcionários, ante os 680.000 (seiscentos e oitenta mil) dos Correios.

A Argentina, Japão e a Holanda, por sua vez abriram o serviço postal à iniciativa privada, a Finlândia e a Suécia aboliram totalmente o monopólio estatal do serviço de entrega de correspondências, dando seguimento a entendimento da União Européia (UE), que lançou, em 15 de dezembro de 1997, os fundamentos do fim do

¹²¹ Xavier, Emanuella Moreira Pires. *Idem.* p. 70.

¹²² DE OLIVEIRA, Régis. *Op. Cit.*

¹²³ DE OLIVEIRA, Régis. *Idem.*

monopólio postal na Diretriz nº. 97/67/CE, para que as nações integrantes flexibilizassem seus mercados ao definir regras comuns para o desenvolvimento do mercado interno dos serviços postais comunitários e para a melhoria da qualidade de serviços mencionados.¹²⁴

Ante o exposto, percebe-se que os mercados postais abertos as livre concorrência já vem sendo adotados em diversas jurisdições de forma a permitir padrões inovadores de eficiência e qualidade. Desse modo, os argumentos monopolistas demonstrado no trabalho não se encaixam com uma interpretação conforme a Constituição Cidadã.

5 CONCLUSÃO

Como pôde ser visto, a decisão do STF em julgar improcedente a ADPF nº 46, ainda que restringindo o conceito de carta e excluindo a tipicidade penal na conduta de remessa de correspondências e encomendas pela iniciativa privada, não é compatível com a nova Ordem econômica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que elevou a livre iniciativa e livre concorrência à categoria de fundamentalidade.

Enquanto o artigo 173 da Constituição vem garantir que a não aplicação do princípio da livre iniciativa deverá se basear na própria Constituição, mesmo porque, sendo um fundamento da República, não cabe ao interprete querer minimizar o seu alcance. A observância do princípio deve ser a regra e não a exceção, ainda mais quando se estiver diante de uma atividade monopolista.

Dentre tais discussões, esse é um dos motivos de não se aceitar a interpretação extensiva do artigo 21, X, da Constituição. Defender que o simples verbo “manter” já reserva à União a exploração do serviço postal faz com que despreze o princípio fundamental da livre iniciativa e ignorar uma interpretação evolutiva constitucional do sentido do termo carta, que foi utilizado no julgamento como instrumento de sustentáculo do monopólio.

Sendo assim, há na Carta Magna vigente, apenas os monopólios previstos expressamente no artigo 177, nos quais não se inclui qualquer menção ao serviço postal. Logo, qualquer lei infra que tente limitar a atividade postal como exclusiva da administração pública tem que ser tida como inconstitucional, visto sua não recepção pela Carta Magna de 1988.

¹²⁴ DE OLIVEIRA, Régis. *Idem*.

Ademais, se a exceção imposta aos particulares quanto à proibição de explorar o serviço postal não foi garantida pela Constituição em nenhum de seus dispositivos, resta claro e indiscutível a possibilidade de empresas privadas explorarem a prestação desse serviço, nada mais havendo a impedir tal procedimento. Vale destacar ainda que as últimas reformas do Estado brasileiro evidencia um afastamento deste como executor das atividades, se prestando na maioria das vezes ao papel de regulador do mercado.

Todavia, a ideia de que somente uma única empresa, controlada pela União, deva ter exclusividade absoluta na entrega de correspondência de qualquer natureza, seja pessoal ou mercantil, doméstica ou internacional, constitui um retrocesso e não é compatível com o novo modelo constitucional trazido pela CF/88, tampouco com as economias modernas, competitivas, livres e globalizadas do século XXI. Se o serviço postal já foi considerado um serviço inerente à função estatal, essa situação não mais permanece.

Fica evidente que pela interpretação da Ordem Econômica Constitucional da CF/88 e pelas as mudanças ocorridas nas legislações referentes aos serviços postais, a atividade postal passou a ser considerada como atividade econômica, tendo sido reservada a sua exploração à União por determinação legal. Essa determinação era compreensível àquela época, da ditadura militar e na ilusão de que o Estado seria o provedor de todos os anseios da população.

Afora isto, a atividade postal era tida como econômica, a sua exploração pelos particulares era excluída por determinação legal e essa proibição não foi repetida nem recepcionada pelo novo ordenamento jurídico iniciado no país. Assim, estava claro que a exploração desse serviço passava a ser livre. Desse modo, se o serviço postal antes era considerado como serviço público, o foi por falta de componentes privados que pudessem executar tal atividade.

Não é objetivo das empresas de distribuição reduzir e tampouco tirar a ECT do mercado, ao reverso, é a convivência entre a ECT e essas empresas que já existem no mercado há muitos anos. Contudo, mais que a convivência dessas empresas, a interpretação evolutiva constitucional possibilitaria a aplicação do regime de concorrência sobre a atividade postal o que geraria efeitos positivos, no sentido de impulsionar os padrões de qualidade do mercado brasileiro acerca da referida atividade.

Por fim, observando-se que o STF relativizou a exclusividade da ECT, a decisão mais coerente deveria ter sido julgar procedente a ADPF nº 46, no sentido de abrir o setor postal a iniciativa privada.

REFERÊNCIAS

Associação Brasileira das Empresas de Distribuição - ABRAED. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº46. Petição Inicial. Disponível em: <www.stf.gov.br> Acesso em: outubro de 2012.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**. São Paulo: Atlas, 2006.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BARROS NETO, João Pinheiro. **CORREIOS NO BRASIL: DA GESTÃO PATRIMONIALISTA À GESTÃO DA QUALIDADE**. 2006. Disponível em: <http://www.mp.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/premio_dest/2_Colocado_II_premio.pdf> Acesso em: agosto de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Aguiar. Revista de Jurisprudência Tribunal Regional Federal 2ª Região . n.33. v. 10. jan./mar 2010.

CORREIOS. **Agências**. Disponível em: <www.correios.com.br/agencias> Acesso em: agosto de 2012.

_____. **História Postal no Brasil**. 2006. Disponível em: <www.correios.com.br/historiapostal> Acesso em: agosto de 2012.

_____. **Notícias**. Disponível em: <www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1> Acesso em: novembro de 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed, rev e atual. Malheiros: São Paulo, 2003.

SOUZA, Daniel Gago de. **Monopólio do sistema postal brasileiro**. 2008. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1936>> Acesso em: agosto 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641/756.

OLIVEIRA, Régis de. **Projeto de Lei nº. 3.677, DE 2008.** Disponível em: <http://www.fentect.org.br/Informes%20da%20FENTECT/2009/PARECER%20DO%20RELATOR.doc>. Acesso em: novembro de 2012.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Elsevier,2007,p.112.

DERANI,Cristiane. **Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização.** Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade de São Paulo,2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.94.

CARMO, Mara Lina Silva do. **Crime de violação do privilégio postal da União x Constituição Federal de 1988: atipicidade da conduta em virtude da não recepção constitucional.** Disponível em:<http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7BBC0A08B3-11DF-4642-9E59-B5FFCD286DAA%7D_017.pdf.> Acesso em: novembro de 2012.

Empresa Brasil de Comunicação - EBC. **Ministros do STF divergem sobre o monopólio dos correios.** Disponível em: <www.ebc.com.br> Acesso em: novembro de 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **A questão do monopólio na constituição da república federativa do brasil e o setor postal.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador,2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: agosto de 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste.** São Paulo: Revista dos Tribunais,1998,p.62.

GABAN, Eduardo Molan. **Regulação do Setor Postal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 56.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988(interpretação e crítica).** 5. Ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p.132.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 2ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

MALARD, Neide Terezinha. **A liberdade de iniciativa e a livre concorrência: as questões jurídicas do poder econômico.** Disponível em: <http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/Neide%20Teresinha%20Malard.pdf> Acesso em: agosto de 2012.

MARTINS, Gilberto. **Direito da Concorrência.** Disponível em <<http://pt.extpdf.com/gilberto-martins-pdf.htm>> Acesso em: agosto de 2012.

MINTO, Lalo Watanabe. **Estado Mínimo.** Disponível em: <http://www.histedbr.fae.unicamp.br/navegando/glossario/verb_c_estado_minimo.htm> Acesso em: outubro de 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Os princípios constitucionais da atividade econômica.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewPDFInterstitial/32325/31545>> Acesso em: agosto de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso e Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Monopólios Estatais: Sobrevivência Anacrônica.** Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/conteudo/download.asp?cda=3>> Acesso em: outubro de 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 4ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** 2ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SACHSIDA, Adolfo. **Eu apóio o fim do Monopólio dos Correios.** Disponível em: <<http://74.125.47.132/search?q=cache:bKI9Sgd034EJ:www.fentect.org.br/Informes%2520da%2520FENTECT/2009/PARECER%2520DO%2520RELATOR.doc+papel+da+braed&cd=29&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: novembro de 2012.

Secretaria de Comunicação Social - SCS. **Mantido Monopólio da ECT.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1639638/mantido-monopolio-da-ect>> Acesso em: novembro de 2012.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 46.** Tribunal Pleno. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 05 de agosto de 2009. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 20 de novembro de 2012.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** 2ed. São Paulo: Método, 2006.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. AG 96.01.54770-3/GO. Rel. Candido Ribeiro. 3ª Turma. DJ – 30/09/1999.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. AC 392581. Rel. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. 4ª Turma. DJ- 02/10/2006.

XAVIER, Emanuella Moreira Pires. **Exploração do serviço postal: Existe o monopólio da União?.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2007.