



SETOR POSTAL E CONCORRÊNCIA: UM RECORTE CRÍTICO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 601.392/PR SOB A PERSPECTIVA DA REGULAÇÃO ECONÔMICA

COMPETITION AND THE POSTAL INDUSTRY: A CRITICAL ANALYSIS OF EXTRAORDINARY WRIT 601.392/PR

 **Rômulo Guilherme Leitão**

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Doutor em Direito Constitucional

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Fortaleza / Ceará / Brasil

romuleitao@unifor.br

 **Tiago Damasceno Caxilé**

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Mestre em Direito Constitucional

Advogado e Professor

Fortaleza / Ceará / Brasil

tiago.caxile@edu.unifor.br

Resumo: O artigo tem por objetivo realizar uma análise crítica do julgamento do Recurso Extraordinário 601.392/PR, no qual se verifica uma proteção jurídico-interpretativa do monopólio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). O recurso tratou da extensão da imunidade recíproca aos serviços realizados pela ECT, que não estão englobados no serviço postal exclusivo. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, do tipo descritivo e de método indutivo. A crítica se dará por meio da análise dos votos que conduziram o julgamento, sob o prisma constitucional, da teoria regulatória e do direito concorrencial. A hipótese é que não há necessidade de manutenção do monopólio no serviço postal e que os julgados apenas privilegiam a ECT. O STF esquiva-se de dar adequado entendimento à diretriz constitucional da ordem econômica, em consonância com a teoria da regulação e a livre concorrência, protegendo a ECT em detrimento a toda sociedade brasileira.

Palavras-chave: direito concorrencial; serviço postal; regulação econômica.

Abstract: This study presents a critical analysis of Extraordinary Writ 601.392/PR, in which the trial highlights legal and interpretative protection of the monopoly of the Brazilian Company of Post and Telegraphs, known as ECT. The appeal dealt with the extension of reciprocal immunity to services performed by ECT, which are not encompassed in the exclusive postal service. To describe the methodology, this article applied a qualitative and descriptive research with and inductive method. This investigation demonstrates critics from the analysis of the votes that led to the trial, through the constitutional, regulatory theory and competition law viewpoint. The hypothesis is based on the fact that there is no need to maintain the monopoly in the postal service. Also, the decisions only favor ECT. Thus, the Supreme Court (STF) refrains from giving a proper understanding for the constitutional guideline of the economic order, allying with regulation and free competition theory, protecting ECT to the detriment of Brazilian society.

Keywords: business law; postal industry; economic regulation.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

LEITÃO, Rômulo Guilherme; CAXILÉ, Tiago Damasceno. Setor postal e concorrência: um recorte crítico ao Recurso Extraordinário n. 601.392/PR sob a perspectiva da regulação econômica. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 165-182, jan./jun. 2021. <http://doi.org/10.5585/rjt.v10i1.17734>.

1 Introdução

O Brasil é organizado em um Estado Democrático de Direito e, por isso, busca a seguinte premissa: possibilitar a existência e a atenção do Estado aos indivíduos. Nesse sentido, a atividade estatal se divide em três esferas de atuação: União, Estados e Municípios. Há, portanto, uma especialização do Estado, visando a alcançar todos e proporcionar os objetivos constitucionais previstos no artigo 3º da Constituição de 1988, alicerçados no artigo 1º, inciso III, desse diploma.

A arrecadação dos entes mostra-se como tema relevante a partir do momento que o constituinte instituiu o Sistema Tributário Nacional. Essa criação possibilitou a arrecadação de recursos aos entes federados, concedendo a cada esfera de atuação do Estado as competências arrecadatórias.

Nesse contexto, tem-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a qual se constitui como uma empresa pública que realiza suas atividades em um ambiente híbrido, ou seja, em um mercado de livre concorrência e com monopólio legal. Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), em entendimento firmado na ADI n. 45-7/DF, o monopólio legal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) restringe-se ao previsto no artigo 9º, *caput*, da Lei n. 6.538/75¹. Isto é, essas atividades estariam livres da incidência de impostos por gozarem de imunidade tributária. As demais, entretanto, não seriam albergadas pela imunidade.

À vista disso, o artigo faz uma análise crítica do julgamento do Recurso Extraordinário n. 601.392/PR, o qual decidiu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) estaria imune à tributação dos serviços prestados fora da sua reserva de mercado. A justificativa dessa interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF) seria trazer sustentabilidade à atividade da ECT por meio do subsídio cruzado.

O intuito deste estudo é enfrentar as considerações dos ministros no julgado, verificando se o acórdão considerou aspectos relevantes à livre concorrência, ao fundamento constitucional essencial e ao equilíbrio financeiro dos entes federados. De forma pormenorizada, busca-se entender a necessidade de um mercado reservado no serviço postal; se existem fundamentos para a concessão da extensão e se esta seria a solução mais adequada para o setor postal, os entes federativos e a sociedade, em geral.

¹ “Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; II - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de correspondência agrupada; III - fabricação, emissão de selos e de outras fórmulas de franqueamento postal.” (BRASIL, 1978, *online*).

A hipótese é que não há necessidade de manutenção do monopólio no serviço postal e que os julgados apenas privilegiam a empresa pública. Assim, não há, nos termos da teoria regulatória, como sustentar a reserva de mercado pelos Correios, bem como a aplicação de subsídio cruzado. Essa prática desestabiliza o setor, desestimula a livre iniciativa e desequilibra a concorrência.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, do tipo descritiva e de método indutivo. Para isso, realiza-se uma descrição resumida do julgado e do entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), examinando os votos vencedores principais e os vencidos. Com fundamento nos votos, confrontaram-se a diretriz constitucional, a teoria da regulação e os pressupostos do direito concorrencial. Ao final, propõe-se a aplicação de soluções alternativas, visando à máxima solução para todos os envolvidos.

A diretriz constitucional é imprescindível ao exame de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte brasileira. Frisa-se que o constituinte erigiu as diretrizes como indicativo essencial a ser observado pelo legislador infraconstitucional e pelo intérprete. Sob essa ótica, a teoria da regulação e os pressupostos do direito concorrencial destinam-se a observar a ordem econômica prevista no texto constitucional. Tratam-se de estruturas adequadas de suporte financeiro ao Brasil, ora visando ao desenvolvimento econômico, ora ao ambiente arrecadatário do Estado.

A exposição será realizada da seguinte forma: primeiramente, haverá demonstração breve da condução do julgado e dos argumentos utilizados pelos ministros para o desfecho final. Na segunda seção, serão confrontados os pontos que basearam a decisão, tais como, a teoria da regulação e o direito concorrencial. Para isso, será enfrentada a necessidade de adequação à interpretação constitucional (primeira subseção); a inexistência de falha de mercado no setor postal (segunda subseção); as outras possibilidades de solução por meio da capilaridade da rede da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) (terceira subseção) e a necessidade de uma sistemática otimizada para a sociedade brasileira (quarta subseção).

2 A visão do setor postal pelo Supremo Tribunal Federal (STF): descritivo do caso

O Recurso Extraordinário n. 601.392/PR, julgado em 28 de fevereiro de 2013, refere-se a uma cobrança de tributos, no âmbito do município de Curitiba, em virtude da prestação de serviços feita pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) (BRASIL, 2013). A princípio, o serviço desempenhado estaria fora do monopólio postal exercido por essa empresa pública, concedido por meio de decisão na Arguição de Descumprimento de Preceito

Fundamental (ADPF) n. 46. Note-se que a empresa pública é atuante em um mercado híbrido: de um lado, está a sua reserva legal e, de outro, a atividade econômica de livre concorrência.

A demanda foi julgada no Tribunal Regional Federal da 4.^a Região (TRF4), o qual entendeu que os serviços postais da empresa pública, de competência da União e alcançados pela imunidade tributária, são aqueles restritos aos tipicamente mencionados no artigo 9º da Lei n. 6.538/78. Assim, o TRF4 entendeu como lícita a cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) aos serviços não incluídos no monopólio da empresa pública (BRASIL, 2009). Inconformada com a decisão, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) recorreu ao STF argumentando que todas as suas atividades deveriam ser albergadas pela imunidade aos impostos (BRASIL, 2013).

O relator designado para o caso foi o ministro Joaquim Barbosa. Iniciado o julgamento do RE n. 601.392/PR, foi pontuada a necessidade de calibrar a imunidade, impedindo-se que a orientação não fosse desvirtuada das funções que a imunidade tributária recíproca exerce no sistema constitucional. Assim, como fundamento legal, foi elencado o artigo 150, inciso VI, “a” e os seus §§2º e 3º da Constituição Federal de 1988 (CRFB).

Na ocasião, foram colacionadas três funções da imunidade e propôs-se que estas condicionariam o entendimento da Corte na concessão do benefício à atividade estatal. A primeira função seria salvaguardar o pacto federativo. A segunda, a proteção da atividade desprovida de capacidade contributiva, como no caso das atividades públicas sem intuito lucrativo. Por fim, a terceira seria não beneficiar a expressão econômica de interesses particulares, públicos ou privados, nem afetar a livre iniciativa e a livre concorrência (excetuadas as permissões constitucionais).

A ideia era a promoção da efetiva autonomia e da liberdade política dos entes federados com a imunidade limitada, conforme intento do constituinte. A própria Constituição Federal resolveria a tensão jurídica para manter a autonomia dos entes federados, o que pressuporia limitação da competência de cada um para cobrar reciprocamente impostos. Desse modo, a imunidade não se prestaria a assegurar vantagens contratuais ou de mercado aos Correios.

O intuito da ação, de acordo com conclusão do relator quanto ao interesse da ECT no recurso, seria meramente lucrativo, em favor próprio ou de terceiros. Como a atividade lucrativa constitui signo de capacidade contributiva, a imunidade tributária não poderia proteger interesses privados com essa capacidade e não deveria ter a função de auxiliar o lucro de particulares em seus empreendimentos econômicos.

O relator entendeu, ainda, que o intuito da ECT seria desviar-se dos objetivos justificadores da proteção constitucional, exonerando-se integral e incondicionalmente de tributos (BRASIL, 2013). Tal premissa se justificaria pelo desempenho de atividade intensa e de interesse privado-particular ou não-público. Diversos serviços ofertados pela empresa pública, pela cessão de sua estrutura, possuem capacidade contributiva. É o caso da venda de títulos de capitalização, das operações do chamado “Banco Postal”, da “produção e venda” de lingotes banhados a ouro, do serviço de telefonia móvel, entre outros.

Nesse contexto, os Correios prestam serviços típicos de iniciativa privada, nos quais a imunidade não deverá ser aplicada para evitar vantagens competitivas artificiais, o que poderia afetar o princípio da livre concorrência. A ADPF n. 46 restringiu essa aplicação aos serviços previstos no artigo 9º da Lei n. 6.538/78 (BRASIL, 2009). Nesse sentido foi a ponderação do TRF4, porque a aplicação da receita, em seus objetivos institucionais, não a desoneraria, uma vez que poderia repassar o valor tributário aos seus clientes.

Assim, a atividade protegida pela imunidade não poderia preterir os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, por se tratar de fundamento da República brasileira e base da ordem econômica constitucional, respectivamente. A aplicação dos recursos, como motivo suficiente, abre margem ao abuso e à desconsideração do equilíbrio concorrencial. Pensando assim, o relator negou provimento ao recurso (BRASIL, 2013).

Um dos reforços do entendimento do relator foi a concepção do artigo 177 da Constituição Federal de 1988, que define os segmentos em sede de monopólio. Por se tratar de um rol taxativo de atividades, e não estando presente o serviço postal, não poderia existir uma reserva legal. A cláusula constitucional de manutenção do serviço postal é destinada à União, que pode realizá-la por meio da regulação econômica. A imunidade recíproca é, portanto, um privilégio “odioso”. Os Correios são atuantes em diversas áreas e atividades no serviço postal e essa situação é fatal para os concorrentes da empresa pública, que não gozarão dos privilégios direcionados.

Os ministros que seguiram o entendimento do relator foram: Luiz Fux, Cármen Lúcia, Marco Aurélio e Cezar Peluso. No entanto, foram votos vencidos.

Para fundamentar os votos divergentes, rememorou-se que os Correios, no exercício de suas atividades, expõem-se à concorrência de mercado, enquadrando-se como atividade econômica. A imunidade representaria vantagem competitiva em detrimento da concorrência. Tal premissa afronta a igualdade de oportunidades do artigo 173, §2º, da Constituição Federal.

A empresa pública desfrutaria, assim, de clara vantagem concorrencial por possuir um duplo privilégio, em detrimento do princípio da livre concorrência, o que seria inadmissível.

A divergência se iniciou com o voto do ministro Ayres Britto, que aduziu a dificuldade de equacionamento do tema e questionou a importância do termo “manter”, previsto no artigo 21, inciso X, do diploma constitucional². Na percepção deste ministro, essa manutenção equivaleria às competências previstas em outros dispositivos, como as da polícia civil do Distrito Federal, do Poder Judiciário, dentre outras instituições (BRASIL, 2013).

Dessa forma, inclinou-se para o entendimento de que a manutenção do serviço postal deveria ocorrer a qualquer custo, ainda que passível de eventual prejuízo. Os Correios, como empresa pública, é uma *longa manus* estatal, absolutamente necessário para a realização da atividade postal. A ECT destina-se ao atendimento de todos os municípios brasileiros, distritos, subdivisões geográficas territoriais, visando, ao máximo, à integração nacional. Assim, a concessão dos benefícios é mais importante do que a própria compostura jurídica ou a estrutura jurídico-formal da empresa.

Outros argumentos que reforçaram a divergência foram o histórico de julgados a favor dos Correios e o avanço tecnológico, que abala o monopólio postal da empresa. A percepção dos signatários desta vertente pressupõe que o avanço tecnológico gera um esvaziamento, uma elisão, gerando impacto na manutenção do serviço postal previsto no artigo 21, inciso X, da CRFB/88. Com a “internet”, por exemplo, perde-se o sentido de envios de telegrama ou carta, serviços inseridos na reserva de mercado dos Correios e Telégrafos.

Assim, diante dos impactos financeiros na manutenção da empresa pública, faz-se necessário a criação de uma aberração jurídico-econômica denominada subsídio cruzado³. No caso do serviço postal, o subsídio cruzado ou subvenção cruzada ocorre com a transferência de mercado induzida por preços discriminatórios, ou seja, utiliza-se das receitas obtidas em um segmento para reduzir os preços cobrados em outro segmento. Essa prática é susceptível de falsear a concorrência. Todavia, essa foi a inclinação desta corrente.

Utilizando-se do julgado do Recurso Extraordinário n. 407.099, a divergência apresentou que o Supremo Tribunal Federal (STF) não fez qualquer *distinguishing* da prestação de serviços públicos pelos Correios. Viu-se a prestação como obrigatória, exclusiva do Estado.

² “Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; [...]” (BRASIL, 1988, *online*).

³ A palavra subsídio tem como definições: auxílio, ajuda, aporte ou benefício (SUBSÍDIO, [20??]). De forma mais específica, o subsídio cruzado é o financiamento de determinada prestação por um grupo de pessoas para com outro grupo mais necessitado (MONTALVÃO; MENDES, 2012). Poder-se-ia conceber como quando uma empresa produtora de bens ou prestadora de serviços eleva os preços cobrados de uma determinada classe de consumidores de forma artificial, para que as receitas supram as perdas decorrentes do mesmo serviço ou bem ofertado a uma outra classe de consumidores, por preços inferiores ao custo. Segundo Cruz e Ramos (2016), o subsídio cruzado é o consumo embutido na própria estrutura tarifária. “Isso significa que, por meio de mecanismos tarifários, são estabelecidos preços artificiais que não condizem ao valor de mercado. Desse modo, usuários sujeitos a um mesmo custo de produção podem pagar valores distintos pelo produto, ou, de modo inverso, usuários sob custos distintos de produção podem pagar valores similares pelo bem”.

Somado a isso, a empresa teria um ônus não extensivo à iniciativa privada, como licitação para celebrar contratos, necessidade de realização de concurso público e dificuldades de terceirização.

O subsídio cruzado, na visão de Gilmar Mendes, seria um meio de realizar o balanço federativo, mas reconhece-se a necessidade de reformulação do modelo. Até que isso ocorra, existe dificuldade em afastar a jurisprudência consolidada do Tribunal. Invocando o caso *McCulloch vs. Maryland*⁴, a Corte apresentou o argumento de que o poder de tributar envolve o de destruir, de desorganizar. Isso se deve pela dificuldade que a empresa pública terá no cálculo de suas tarifas, tendo em vista o quantitativo de unidades com poder tributante quanto ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) (BRASIL, 2013).

Os ministros que seguiram a divergência foram: Ayres Britto, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Celso de Melo e Rosa Weber. Este foi o apontamento final do Supremo Tribunal Federal (STF), que compôs o tema de Repercussão Geral n. 235 do STF.

Ao ensejo deste julgado, faz-se necessário o confronto dos argumentos utilizados pelos ministros do STF diante das diretrizes constitucionais de 1988, da teoria da regulação e do direito concorrencial. Essa análise será realizada por meio dos argumentos de juristas como Calixto Salomão Filho e Eduardo Molan Gaban.

3 A análise do setor postal e a crítica ao julgado

Nas palavras de Salomão Filho (2008, p. 21), a regulação é toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção, seja o poder de polícia. Seria um meio de o Estado fixar as bases da ordem de atuação da atividade econômica desenvolvida pelo particular, assim como também fiscalizar os particulares inseridos em um nicho mercadológico. Por intermédio da regulação, ocorre uma intervenção direta do Estado na economia e o crescimento do movimento de concentração econômica.

A ação regulatória vai além de uma mera sanção ou fiscalização. Na modernidade, a regulação tem a função de impor comportamentos, de direcionar quais práticas são importantes

⁴ O caso *McCulloch v. Maryland* versou sobre um comportamento desmedido pelo Estado de Maryland e julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1819. O Estado de Maryland tentou impedir o funcionamento de uma filial do Segundo Banco dos Estados Unidos, através da imposição de um imposto sobre todas as notas bancárias de bancos fundada em outros Estados e que viessem a desempenhar suas atividades em Maryland. O Segundo Banco dos Estados Unidos era o único banco no estado que não foi fundado lá. O Tribunal invocou a Teoria dos Poderes Implícitos da Constituição, que permitiu ao governo federal aprovar leis que não fossem expressamente previstas na Constituição, a partir de uma lista de poderes expressos, desde que essas leis fossem úteis em prol de poderes do Congresso, nos termos da Constituição (TORRES, 2013). Intrigante a invocação do caso, uma vez que não havia uma direção do município de Curitiba no sentido de prejudicar apenas a ECT em detrimento dos demais concorrentes, como meio de protecionismo. No caso em tela, seria exatamente o contrário, a utilização do julgado como meio de proteger a ECT em detrimento da livre concorrência, valor este eleito pelo constituinte como regra motora da ordem econômica.

e quais devem ser repudiadas, buscando trazer maior competitividade e acessibilidade qualitativa aos destinatários finais. Diante destes aspectos, há aqueles que visualizam a necessidade de uma maior intervenção, e outros que vão para o sentido diametralmente oposto, mediante uma autorregulação ou desregulação. Os embates são constantes, mas com picos de tensão mais fortes em determinados momentos sensíveis.

Tudo isso deve ser balanceado pelos ditames constitucionais adotados em um determinado país. No Brasil, o direcionador do modelo adotado está inserido nos artigos 170 a 192 do texto constitucional vigente, o qual se convencionou chamar de Constituição Econômica Brasileira. Assim, para se iniciar a exposição, torna-se imperiosa a observância das diretrizes erigidas pelo constituinte de 1988.

3.1 A diretriz da Ordem Econômica na Constituição de 1988

A atuação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) no serviço postal brasileiro é de grande importância. Isso vem a público porque a empresa foi responsável pela estruturação do serviço postal brasileiro, possibilitando que o sistema de comunicações por carta e, posteriormente, por telégrafo, fosse bem-sucedido em tempos remotos. São trezentos anos de atuação no serviço postal brasileiro. No entanto, o avanço em infraestrutura e investimentos no Brasil também mudou.

Com o advento da Constituição de 1988, iniciou-se um novo panorama sobre o desempenho e o desenvolvimento do serviço postal brasileiro. O constituinte de 1988 evidenciou a importância da livre iniciativa como eixo fundamental do país a partir de dois pontos: a sua conquista em si como fundamento da república⁵ e como ferramenta responsável pela realização dos objetivos fundamentais. Esses objetivos estão expressos como um guia da realização do Estado Democrático de Direito, são eles: garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais⁶. A função social da propriedade⁷ e sua garantia⁸ seguiram este fundamento e diretriz e foram inseridas como direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Tais ideais não se darão meramente pela atuação das empresas privadas, mas por meio delas serão potencializados. Tanto que, para o desenvolvimento de municípios, os administradores públicos se utilizam de políticas que busquem viabilizar atrativos para investimentos privados em sua circunscrição.

⁵ Cf. Artigo 1º, IV da Constituição Federal de 1988.

⁶ Cf. Artigo 3º, II e III da Constituição Federal de 1988.

⁷ Cf. Artigo 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988.

⁸ Cf. Artigo 5º, XXII da Constituição Federal de 1988.

Para ilustrar: a construção de uma casa somente se fará por um bom fundamento. Assim, este é essencial para a construção de qualquer edifício. Desse modo, apoiado no fundamento, vem a estrutura da casa ou do edifício. Sem ele, ruirá toda construção. Da mesma forma, para a construção jurídica do Brasil, é necessário observar os fundamentos constitucionais e os seus objetivos, os quais traçam o desenho arquitetônico da República Federativa do Brasil.

Nessa perspectiva, apresenta-se o artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que elenca os princípios gerais da ordem econômica. Estes são a diretriz finalística das atividades desenvolvidas pela iniciativa privada no Brasil e determinam o comportamento do Estado diante da economia. O artigo elenca, inclusive, diversos princípios essenciais à ordem econômica.

Na identificação desses princípios, alguns destaques merecem ser feitos. A propriedade privada, por ter importância como local do exercício da atividade econômica do particular e assegurar o seu total respeito. A função social da propriedade, já que flexibiliza o desenvolvimento da atividade econômica aos contornos e direcionamentos socioeconômicos. O ambiente que, por sua vez, entregue à iniciativa privada possui como dever o desenvolvimento e a inovação ao país e está inserido na livre concorrência. A liberdade de empreender em qualquer setor e a igualdade de oportunidade entre os agentes econômicos, sendo imprescindíveis ao mercado e à ordem econômica. Por fim, a defesa do consumidor, pois é a proteção do ambiente adequado para clientes finais buscarem produtos e serviços que atendam às suas necessidades e tenham segurança nestas relações contra eventuais abusos.

Nesse sentido, a livre concorrência estimulará e valorizará a presença da iniciativa privada, que é fundamento da República brasileira. Por meio da livre concorrência, há uma “batalha mercadológica” entre empresas, que estimula o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. Assim, ocorre a contribuição para a sociedade⁹. Ligada à livre iniciativa e ao ideal de liberdade econômica, a livre concorrência visa a garantir, aos indivíduos, a escolha da atividade que quiserem desenvolver, limitando a atuação do Estado no campo das opções econômicas dos agentes (MEIRA JÚNIOR; MACEI, 2017). Dessa forma, o princípio assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, exceto por disposição legal em contrário.

A Constituição Federal deve trazer as regras do jogo e é ela que deve prever as exceções à livre concorrência. Assim, o artigo 170, já mencionado, concedeu à iniciativa privada todas

⁹ Por meio do pagamento de tributos e financiamento do bem comum; de proporcionar o bem-estar social; e do cumprimento de sua função social.

as atividades econômicas para o seu desenvolvimento. As exceções estão dispostas na própria ordem econômica constitucional, no artigo 173.

Seguindo o entendimento de Aragão (2003), os serviços públicos foram concebidos como atividades especiais e em regime de exceção. A livre iniciativa e a concorrência tornaram-se regras com o novo paradigma. Já Gaban (2012) mostra a exceção que é preponderante na atividade estatal: a atuação em casos de monopólio natural. Isso porque na atuação em concorrência, os custos podem ser mais elevados se existir apenas um explorador.

Nesse cenário, a finalidade do antitruste é a defesa da concorrência, isto é, os benefícios que a concorrência traz ao país e aos consumidores são relevantes: inovação constante, maior diversidade de bens e serviços, preços mais baixos, aumento de qualidade dos produtos etc. (RAMOS). Diante desses aspectos é que se entende como excepcional a ação direta do Estado no exercício da atividade econômica, uma vez que há entraves no dinamismo da empresa pública ou sociedade de economia mista nas relações negociais.

Importante lembrar: não se está censurando a atuação do Estado na economia, uma vez que existe a previsão constitucional. Há casos em que o investimento na atividade, por si só, é inviável à iniciativa privada, sendo necessária a incrementação de dinheiro público. Entretanto, superada a dificuldade de infraestrutura necessária, a atuação do Estado deve ser excepcional e temporária, enquanto não corrigida a falha de mercado.

Para implementação de monopólios, são necessários estudos de estrutura, análise de custos de investimentos, constatação de impossibilidade de concorrência e sua necessária inscrição na Constituição da República, no rol do artigo 177. Nesse sentido, surgiu o questionamento da recepção do monopólio postal pelos Correios.

Por meio da ADPF n. 46, o Supremo Tribunal Federal entendeu recepcionado e constitucional o monopólio da ECT. Esse entendimento gera grande impacto à iniciativa privada e ao setor postal (BRASIL, 2009). Contudo, a recepção está restrita aos serviços de cartas, cartões-postais, agrupamentos postais e franqueamento postal, restando decidido que parte da atividade consubstancia serviço público e, outra, é de livre concorrência.

3.2 A inexistência de falha de mercado no setor postal

O principal fundamento do serviço postal como um monopólio legal é reconhecê-lo como natural. O monopólio natural é um meio de organização de mercado, em que os custos fixos são elevados. Além disso, os custos variáveis e marginais são reduzidos. O controle estatal ou de companhias privadas com alta regulação do Estado estariam garantidos pela realização

de um determinado serviço. Nesta vertente, o serviço postal enquadrado como um monopólio legal é o mais adequado porque implicaria no maior atendimento ao interesse público e nacional (GABAN, 2012). Essa perspectiva, entretanto, não foi reproduzida no texto constitucional, em especial no artigo 177, que trata dos monopólios estatais, mesmo os Correios sendo uma empresa anterior a 1988.

Nesse sentido é a concepção da denominada Escola do Interesse Público. São defensores dessa escola: Hauriou, Leon Duguit e Gaston Jèze. Essa corrente verifica a necessidade de controle dos agentes privados e a busca do bem público. O serviço público, sob a ótica dessa doutrina, tem origem no direito administrativo francês, enxergando o Estado como organizador e controlador do mercado (SALOMÃO FILHO, 2008).

Ocorre que, nos termos da Constituição da República, a doutrina da Escola do Interesse Público está superada, tratando-se de uma forma tradicional de analisar a regulação (SALOMÃO FILHO, 2008). A regra do mercado é a livre concorrência e, de forma excepcional e temporária, existe a atuação do Estado na economia. A regulação possui duas finalidades: o controle da imprudência da bonança da economia e o freio ao “espírito animal” ou descontrolado dos empresários (POSNER, 2009).

Esses controles são implementados pelo acompanhamento do mercado, sempre ponderados pela análise de impacto regulatório. Ressalta-se que a regulação é quem possibilita o ambiente concorrencial adequado. O entendimento da Escola de Interesse Público traz, assim, amarras às empresas estatais, diante da dinâmica negocial privada. Isso foi reconhecido pelos próprios ministros durante o julgamento.

Para Salomão Filho (2008), a Escola do Interesse Público não atende adequadamente ao viés regulatório. Em sua crítica, o autor a equipara à Escola do Serviço Público. Essa corrente doutrinária interpreta o interesse público como imposição jurídica de atuação estatal e exercício de serviços públicos. Sob esse prisma, é possível ver reflexos dessa teoria nos votos dos ministros que direcionaram o provimento do recurso, inclusive quando se analisou a atividade postal, pois, segundo eles, o termo “serviço” estaria relacionado ao serviço público, mantido pela União.

O interesse público está relacionado ao argumento econômico da concretização da universalização do serviço. Dessa forma, ao aplicar o regime de livre concorrência na atividade postal, existiriam localidades que não receberiam investimentos privados. Essas regiões, por não demandarem lucro, acabam proporcionando a exclusão de consumidores. No julgado, os ministros entenderam tais locais como os “rincões” mais distantes por se tratarem de uma região

mais pobre (BRASIL, 2013). Este argumento, inclusive, foi explorado pela empresa pública e com forte influência para o provimento do recurso.

Esse argumento não é recente, haja vista já ter sido utilizado no início do serviço postal nos Estados Unidos e na União Europeia (GABAN, 2012). No Brasil, permanece sendo utilizado, especialmente por interesse da ECT, a qual serviu como base de sua defesa na ADPF n. 46.

Por isso, para a configuração do monopólio natural, um determinado produto ou serviço, precisaria de um elevado investimento, que seria compensado no decorrer do tempo pela garantia da exclusividade da exploração. Existindo a concorrência, o elevado investimento permanece, mas não haveria ganho para se reinvestir na prestação do serviço, visto que o valor investido não retornaria ao investidor.

É de se observar que o serviço postal não apresenta tal infraestrutura, como é o caso de hidrelétricas, gasodutos, saneamento básico etc. De igual modo, não é a empresa pública a responsável pela viabilidade da “rede postal”, que se desenvolve nas estradas e ferrovias utilizadas para o transporte, em geral. Os Correios, assim, não são responsáveis pela produção de caixas de correios, centros de distribuição e agências postais. Se os concorrentes utilizassem a mesma estrutura que a ECT (estradas, ferrovias, caixas de correio, centros de distribuição e agências postais), não haveria ineficiência na prestação do serviço.

Não há razões fáticas e econômicas para se presumir que a tecnologia utilizada na atividade postal tenha feições que justifiquem o monopólio natural. Como consequência, não há fundamentos para restrição da entrada de concorrentes no serviço postal. A instituição do subsídio cruzado, para a manutenção dos serviços fora da reserva legal, não se torna razoável porque existe viabilidade de concorrência. Ela é possível e palpável, como é realidade em outros países.

Nesse contexto, o subsídio cruzado à ECT é prejudicial ao ambiente negocial e à atividade postal, conforme explorado na decisão do ministro Luiz Fux. A explanação, no entanto, poderia ter considerado o aspecto da desnecessidade de monopólio da empresa pública. Os serviços “extras” realizados pela empresa e os tributos comporiam o preço final do produto, como ocorre em qualquer serviço prestado.

Em oposição a essa argumentação, tem-se a necessidade de os Correios permanecerem com a imunidade e o subsídio cruzado. Há uma imposição de manter o serviço postal pelo Estado, em total contradição à teoria regulatória e à inexistência de monopólio natural no desempenho da atividade. Assim, desponta uma certa resistência na abertura do mercado para

a livre iniciativa dentro da atividade postal e a inserção da empresa pública como contribuinte tributário.

Ao verificar o avanço tecnológico como forma de esvaziar o monopólio dos Correios, constata-se que o modelo é anacrônico e não se sustenta com o tempo. Esse modelo, na ótica constitucional, está superado na Constituição de 1988. A manutenção do sistema é nítida proteção à companhia, defendendo a reserva de mercado do serviço postal e seu controle pelo Estado. Como justificativa, traz-se argumentos que são corriqueiros a qualquer atividade econômica¹⁰. Cabe à ECT, portanto, adaptar-se a essa nova realidade, buscando novos negócios e inovando suas ações no mercado.

O caso *McCulloch vs. Maryland* saiu do foco enfrentado no julgado. No caso, o Estado de Maryland estaria utilizando do sistema tributário para privilegiar os bancos locais. Não é o que ocorre no Brasil. Quer-se privilegiar os Correios em detrimento da sustentabilidade financeira dos entes federados locais e regionais, assim como em desfavor dos concorrentes da empresa pública. Por outro lado, analisando o caso *McCulloch vs. Maryland*, do ponto de vista tributário, essa circunstância, como destrutiva de negócios, é realidade das empresas privadas no dia a dia, as quais devem prover um planejamento para suportar a carga tributária incidente em suas atividades.

Em linhas gerais, a concorrência é viável, a princípio, em alguns serviços postais, como cartas urgentes¹¹, cartas comerciais endereçadas¹² e entrega de bens e documentos. Não se pode generalizar, contudo, por falta de parâmetros e dados sobre os outros serviços. Desse modo, não há falhas de mercado neste segmento, sendo desnecessário o envolvimento do Estado na atividade econômica. Além disso, a inexistência de regulação gera ainda mais incertezas no setor e um ambiente propício para conflitos.

3.3 Outras possibilidades de solução do caso

Como forma alternativa ao subsídio cruzado e à possibilidade de falta de investimento da iniciativa privada nos rincões, é possível explorar a grande capilaridade logística dos Correios para prover negócios. A estrutura da empresa pública, ao longo dos anos, possibilitou a implementação de diversas agências em vários locais da federação.

Uma das possibilidades de implementação de uma nova forma de explorar a estrutura como meio de novos negócios seria mediante parcerias público-privadas ou prestações de

¹⁰ O enfrentamento da carga tributária, a otimização dos custos e a necessidade de inovação dos serviços conforme o mercado se modifica.

¹¹ Também conhecidas como *express mail*.

¹² Como faturas, cartões de crédito, etc.

serviços complementares ao das instituições privadas. Esta última, inclusive, já é realizada, por contratos de prestação de serviços, convênios ou rede terceirizada¹³. Além disso, a regulação poderia trazer regramentos de impossibilidade de escusa no desempenho da atividade postal, potencializando as parcerias da iniciativa privada, melhor aplicação e trabalho nos setores diferenciados, com otimização de recursos.

O portal eletrônico da própria empresa pública apresenta contratos feitos com empresas privadas, em especial, as de logística, tais como, DHL Express Brasil e DMX Logística EIRELI. Nesses casos, ocorre a prestação de serviço de operadores logísticos internacionais para operacionalização de modalidade de remessa expressa. Além desses serviços, há o transporte urbano de carga postal, na modalidade de grupo de linhas de transporte urbano. Como a União é detentora da empresa pública, poder-se-ia criar um fundo de desigualdade regional, possibilitando uma distribuição diferenciada de recursos tributários para regiões desfavorecidas. Isso ampliaria a estrutura inadequada e permitiria o aporte de investimentos em regiões díspares.

Todas as alternativas objetivam algo além da própria existência da empresa pública. Conforme já mencionado nos julgados, trata-se do melhor interesse da sociedade. Entretanto, este melhor interesse não se fechava meramente no próprio serviço postal. Possibilitava, também, o investimento em áreas realmente importantes e minimizava circunstâncias de desigualdade regional, potencializando novos investimentos por meio do aporte de outros negócios, inclusive os relacionados à sua atividade.

Assim, a necessidade de se debater a manutenção do monopólio como necessidade de desenvolvimento do serviço postal vai além da própria existência da empresa pública. Deve-se pensar no objetivo da atuação estatal na economia, como exploradora de atividade econômica. Afinal, isso está em conformidade com o fundamento e o objetivo da República Federativa do Brasil, instituído pelo próprio constituinte de 1988.

Após a implementação da estrutura e do investimento público necessário, far-se-á a regulação e a fiscalização para o ambiente negocial adequado, preservando a concorrência e o melhor interesse social. Frisa-se que, quando se faz referência ao adjetivo “melhor”, busca-se um ganho conjunto¹⁴ em prol da sociedade, em contraste com a mera manutenção de um “*status quo*”.

¹³ Cf. o endereço eletrônico: <https://www.correios.com.br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos-1/contratos>.

¹⁴ Infraestrutura, possibilidade de diversificação de negócios, fomento de entes públicos locais e estaduais por meio da capacidade contributiva e o interesse social consequente como trabalho, por exemplo.

O receio de tal direcionamento constitucional proporcionou proteção excessiva do STF à ECT, com forte resistência à inserção do setor privado no serviço postal. Além disso, a matéria não é somente objeto de um mero julgado. O Supremo possui jurisdição nacional e deve pautar-se pela relevância do assunto no âmbito social, econômico e constitucional. A análise deveria ser ampla, possibilitando, inclusive, debates com a sociedade e com os interessados, por meio de audiências públicas, como se têm feito ultimamente.

Com a capilaridade do serviço da ECT, há possibilidades jurídicas de contratos para fortalecer a correspondência nos “rincões” brasileiros. Se a justificativa é de que não existe a intenção de investimento nos “rincões”, a capilaridade traz novos negócios a serem explorados pelos Correios em conjunto com os particulares, o que não foi pensado pelos julgadores da corrente majoritária e vencedora.

A Diretiva 97/67/CE do Parlamento Europeu e Conselho, de 15 de dezembro de 1997, estipulou regras para o desenvolvimento do setor postal e melhoria de qualidade dos serviços prestados (EU, 2008). As regras implementadas focaram em questões importantes, sobretudo com chances de análise para o mercado brasileiro. A referida diretiva trouxe, portanto, uma análise em escala abrangente em território europeu. Assim, objetivou medidas para possibilitar a unificação dos mercados postais de seus integrantes, constituindo o ambiente europeu sem fronteiras. Neste, há livre circulação das mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais. Inovou, também, na análise comparativa de cada Estado-Membro, visando a regular de forma adequada a implementação do serviço postal a todos.

Interessante o apontamento feito por Van Bergeijk (2009), no qual as autoridades fiscalizadoras de condutas anticompetitivas dos países em desenvolvimento são frágeis em razão da falta de recursos e pessoal. Todavia, nesses países, existe uma exploração baseada em técnicas de “comando e controle” das empresas estatais. Nesta exploração, em vez de numa produção descentralizada, coordenada mediante processos de mercado, há uma preponderância da atuação estatal monopolizada. Essas características institucionais e estruturais apontam para uma maior susceptibilidade ao abuso de poder de mercado nos países em desenvolvimento.

Desta forma, como contribuição ao debate sobre o monopólio e sobre a utilização do subsídio cruzado como sustentabilidade da empresa pública, busca-se apresentar uma reflexão, aparentemente, esquecida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Não se trata meramente de prover, por subsídio cruzado, a sustentabilidade da empresa. O que falta é a inovação e a realocação de recursos para a melhoria dos serviços postais. Deve-se contribuir

para entes públicos (Estados e Municípios), por meio de possíveis receitas voltadas ao bem comum da sociedade e a um mercado aberto e com concorrência livre.

4 Conclusão

Este estudo verificou que o julgado do Supremo Tribunal Federal buscou a proteção e a manutenção da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) a qualquer custo, conforme a tese vencedora propôs. A negligência aos princípios constitucionais que devem reger as relações econômicas foi explícita, solapando a livre iniciativa, a livre concorrência nos diversos setores que a ECT queria desempenhar suas atividades, bem como a defesa do consumidor, que teria a possibilidade de escolher serviços melhores, mais eficientes e a preços competitivos.

É visível que o setor postal não está inserido entre os setores nos quais prepondera o monopólio natural, podendo ser explorado de forma eficiente pela livre iniciativa e em um mercado de livre concorrência. O exercício da atividade estatal na economia deveria ser entendido no âmbito de uma Corte Constitucional como exceção e de forma temporária. Entretanto, a concepção dos ministros foi influenciada pela Escola do Interesse Público, isto é, tudo que for relacionado à finalidade pública deve ser desempenhado pelo Estado e por meio de um serviço público estatal. Nesse sentido, a ECT se insere como o “*longa manus*” do Estado no desempenho do serviço postal.

Além disso, os argumentos de universalização do serviço postal, de subsídio cruzado, finalidade social, entre outros, não são tão fielmente executados pela ECT. Há diversas falhas na atuação da empresa pública, para utilizar uma finalidade pública em prol de seus interesses privados. Nesse sentido, observa-se que os serviços dos Correios não são transparentes e isso não traz efetividade ao princípio da universalidade.

Em atenção a isso, a ECT ainda possui diversas formas de conseguir efetivar seus serviços, inclusive os extraexclusividade, por meio das relações negociais normais de mercado, com o devido pagamento de impostos. Se há entendimento de que os impostos são nocivos à manutenção da empresa pública, como reverberado pelo ministro Gilmar Mendes, também há posicionamento quanto à sua manutenção pelas empresas privadas, que agora estão em desvantagem no mercado. A competição é, portanto, o meio mais eficaz de alocar recursos, repensar os negócios e buscar inovações a preços competitivos.

De aduzir-se, por fim, que é imprescindível a necessidade de regulação no setor e a quebra da exclusividade do setor postal, trazendo o mercado à normalidade e tornando-o mais eficiente.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 233, jul/set. 2003.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978**. Dispõe sobre os Serviços Postais. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6538.htm. Acesso em: 9 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 46 Distrito Federal. Relator p/ Acórdão Ministro Eros Roberto Grau. Data de julgamento: 5 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n.º 601.392 Paraná. Tribunal Pleno. Relator p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 28 fev. 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3921744>. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (1ª Turma). Apelação Cível n.º 1999.70.00.031906-3 Paraná. Relator Juiz Federal Marcos Roberto Araújo dos Santos. Publicado no DJe em: 18 mar. 2009. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2720089&hash=3b201e93c8db141ebc21abd366c2fee3. Acesso em: 02 ago. 2021.

CRUZ, Karlos Arcanjo da; RAMOS, Francisco de Sousa. Evidências de subsídio cruzado no setor de saneamento básico nacional e suas consequências. **Nova econ.**, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 623-651, ago. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/neco/a/vstH66FQ8mRGV8NLznjSyjB/?lang=pt>. Acesso em: 21 fev. 2020.

EUROPEAN UNION. Directiva 2008/6/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 20 de fevereiro de 2008 que altera a Directiva 97/67/CE no respeitante à plena realização do mercado interno dos serviços postais da Comunidade. **Diário Oficial da União Europeia**, Estrasburgo, 20 fev. 2008. Disponível em: Acesso em: 01 ago. 2021.

GABAN, Eduardo M. **Regulação do Setor Postal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRA JUNIOR, J. J; MACEI, D. N. Análise dos princípios constitucionais da ordem econômica e sua influência no direito brasileiro. **ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**. Curitiba PR -Brasil, ano IX, n. 16, jan./jun. 2017. ISSN 2175-7119. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anim16/9.Analise-dos->

Principios-Constitucionais-da-Ordem-Economica-Jose-Julberto-Meira-Junior-e-Demetrius-Nichele-Macei.pdf. Acesso em: 03 jun. 2019.

MONTALVÃO, Edmundo; MENDES, Marcos. **O que é ‘subsídio cruzado’ e como ele afeta a sua conta de luz?** Instituto Braudel [site], 12 fev. 2012. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2012/02/12/o-que-e-subsidio-cruzado-e-como-ele-afeta-a-sua-conta-de-luz/>. Acesso em: 01 ago. 2021.

POSNER, Richard A. How I became a keynesian. **The New Republic**, online, 23 set. 2009. Disponível em: <https://newrepublic.com/article/69601/how-i-became-keynesian>. Acesso em: 03 jun. 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUBSÍDIO. *In*: PRIBERAM, Dicionário Priberam da Língua Portuguesa. [S.l.]: [S.n.], [20??]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/economica>. Acesso em: 27 nov. 2020.

TORRES, Heleno Taveira. **Tributo Precisa Respeitar Valores Constitucionais**. Consultor Jurídico [site], 27 mar. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mar-27/consultor-tributario-tributo-respeitar-valores-constitucionais>. Acesso em: 01 ago. 2021.

VAN BERGEIJK, Peter A. G. What could anti-trust in the OECD do for development? **The Hague**, Institute of Social Studies, n. 473, pp. 165-179, 2009. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1331830. Acesso em 01 ago. 2021.