



Serviço postal: um serviço público ou uma atividade econômica?

06/10/2009

A noção de serviço público nasceu na França, no início do século XX, com a escola do serviço público. Esta tinha como um dos seus principais expoentes o administrativista Léon Duguit, o qual defendia a tese de ser tal serviço a finalidade do Estado. O administrativista francês repudiava a ideia da soberania como qualidade por excelência do poder público (Mello, 2007). Dessa forma, o Estado consistiria em um conjunto desses serviços.

Duguit afirmava que serviço público “é toda atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental”. (Medauar, 2003, página 528).

Não obstante a concepção ampla adotada por Duguit, Jèze advoga em um sentido mais restrito: o serviço público entendido como uma atividade ou organização do ente público e não como seu fim último (Bandeira de Mello, 2007); e que a ideia de serviço público consiste em um tipo de procedimento de direito público (Medauar, 2003). Os tribunais franceses adotaram a posição defendida por este último (Mello, 2007).

Adotando a ideia de assegurar o Estado, por meios jurídicos, determinados compromissos prestacionais ao público, as Constituições passaram a garantir tais serviços (Moreira Neto, 2006).

A partir do final da segunda década do século XX, com maior ênfase nos anos e décadas seguintes, objetivando uma maior eficiência e a desburocratização das atividades públicas, começou-se a submeter os serviços prestados pelo ente público predominantemente econômicos ao regime privado, ao invés do regime público característico (Moreira Neto, 2007). Paradoxalmente, a substituição do Estado liberal para o Estado social fez crescer extraordinariamente o campo de atividades abarcadas pelo ente político.

Ocorreu o que Jean-Louis Corail chamou de “crise do serviço público”. (3) Essa “crise” decorre de um duplo fenômeno, político e econômico, descrito por Luis Martín Rebollo (Moreira Neto, 2007, página 353): a aparição de atividades empresariais públicas de caráter industrial (que não se poderia dizer que fossem serviço público porque com respeito a elas o Estado se comportava como um particular) e a simultânea aparição de serviços até o momento considerados públicos que estavam geridos, não obstante, por entes privados.

Contudo, a noção permaneceu mas passou-se a admitir a prestação por entes privados nos serviços denominados públicos; dissociando-se da noção da prestação eminentemente estatal e de exclusivo regime público (Medauar, 2003, página 529).

A passagem do Estado Intervencionista para o Estado Regulador e o ideal neoliberal, cujo princípio da subsidiariedade (4) é uma das suas principais características, tem como um dos seus objetivos o processo de desestatização (5), a qual busca redefinir os limites do Estado para o mínimo possível. Com isso, questiona-se se há uma nova crise do serviço público (6).

Há de se atentar, ainda, que não existe serviço público por natureza. A qualificação de determinada atividade como serviço público é uma escolha política, que pode tanto estar disposta na Constituição de cada país, na lei, na jurisprudência e nos costumes presentes em um dado momento (Grotti, 2006, página 45).

Os doutrinadores pátrios são unânimes em afirmar que a definição clássica de serviço público emana de três aspectos, embora não seja preciso ter necessariamente a reunião de todos eles; pode-se ora ter apenas um, ora dois deles. São eles:

- a) Aspecto subjetivo: serviço público seria aquele prestado pelo Estado. Considera a pessoa jurídica prestadora do serviço;
- b) Aspecto material: serviço público seria aquele que visa a satisfação das necessidades coletivas. Considera a atividade exercida.
- c) Aspecto formal: serviço público seria aquele prestado sob o regime de Direito Público. Considera o Regime Jurídico.

A doutrina brasileira pode ser classificada em dois grupos: um primeiro grupo que, segundo definição de Fernando Herren (*Apud* Grotti, 2006, p. 47) podem ser chamados de convencionalistas-legalistas, entende que o conceito de serviço público decorre da disposição constitucional e/ou legal, como, *v.g.*, Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), Marcos Juruena Villela Souto (2005), Hely Lopes de Meirelles (2007), Maria Sylvia Zanella di Pietro (2007), José dos Santos Carvalho Filho (2009). E um segundo grupo, designado como essencialista, que caracteriza serviço público aquele necessário para defender o interesse social (7) como Eros Roberto Grau (2008) e Marçal Justen Filho (2009).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, página 659) define serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público — portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais — instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Eis o enfoque dado por Hely Lopes (2007, página 330): “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado”.

Já Marçal Justen Filho considera que serviço público é atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.

Da mesma forma, Eros Grau (2008, p. 128) conceitua como “atividade indispensável à consecução da coesão social”. Não há divergência entre os doutrinadores no que concerne à possibilidade do legislador ordinário atribuir regime jurídico de direito público à determinada atividade econômica. Mas, quanto aos limites a serem observados, o primeiro grupo (convencionalistas-legalistas) entende que estão delineados na lei e na Constituição, enquanto os essencialistas entendem que os limites decorrem de elementos superiores à lei, não sendo encontrados nesta (Grotti, 2006).

Em um primeiro momento não existe oposição entre a atividade econômica e serviço público. Atividade econômica é entendida em um sentido amplo (gênero), que possui como espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito (10) (Grau, 2008). E é sobre a diferença entre essas espécies que iremos tratar neste item.

A Constituição Federal, adotando um modelo capitalista, dispôs em seu artigo 173 que o Estado só pode explorar diretamente a atividade econômica (em sentido estrito) nos casos previstos pela mesma, quando necessária ao imperativo da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo, conforme disposição legal. Dessa forma, está previsto o princípio da subsidiariedade, em que o Estado deve ausentar-se da atividade econômica. Faz mister salientar que nesse caso o ente político não presta serviço público, mas sim atividade econômica. É uma forma de intervenção no domínio econômico.

Atividade econômica em sentido estrito “envolve a produção, circulação e comercialização de bens e serviços regulada pelos princípios do direito privado e da ordem econômica” (França, 2008).

Já serviço público é aqui colocado como “a prestação de utilidades (ou comodidades) materiais para os administrados que deve ser obrigatoriamente realizada pelo Estado sob os princípios do regime jurídico-administrativo (11)” (França, 2008, página 48).

Quanto ao regime jurídico, serviço público e atividade econômica, em regra, possuem regimes diferentes. O primeiro só tem razão de existir se for prestado sob um sistema de princípios e regras — o regime jurídico de direito público — como os princípios da obrigatoriedade, continuidade, regularidade, universalidade, controle, eficiência, modicidade e mutabilidade. Já a atividade econômica deve atender aos princípios constitucionais da ordem econômica e do direito privado, como os princípios da livre iniciativa, autonomia da vontade, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, dentre outros. (Mello, 2008; França, 2008, Justen Filho, 2009).

Interessante se faz demonstrar o pensamento de Eros Grau (2008): a Carta Substancial de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, sob as balizas dos seus fundamentos constantes no artigo 1º e objetivos, no artigo 3º, para que este venha a ser concretizado. Assim, todas as parcelas da atividade econômica que sejam indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social devem ser prestadas como serviço público; e não como atividade econômica em sentido estrito, que privilegia a perspectiva individualista do mercado e confronta a Constituição.

Conforme lição do Ministro (2008), o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica está para o setor privado. Por força do artigo 175, da Constituição Federal, cabe ao ente público prestar o serviço público diretamente ou sob o regime de concessão e permissão. Assim, a forma de o particular prestar tais serviços é sempre através de concessão e permissão, somente nos casos previstos, e sempre através de licitação. Caso a lei permita a prestação do particular sob o regime de autorização, se trata de atividade econômica (França, 2008; Mello, 2008, Carvalho Filho, 2009).

No que concerne ao serviço econômico, estes se caracterizam pela prestação pela administração pública, direta ou indiretamente (sob regime de concessão ou permissão), destinando-se à satisfação de necessidade coletiva da ordem econômica (França, 2008; Di Pietro, 2008). O serviço econômico é prestado por força do artigo 175 da Constituição Federal, caracterizando-se como serviço público, e não pelo artigo 173, o que o caracterizaria como atividade econômica.

Os serviços sociais podem ser prestados facultativamente pelos particulares, sob o regime de fomento, sem prejuízo do dever do Estado prestá-lo ou viabilizá-lo (França, 2008). Esses serviços são os que “o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos” (Carvalho Filho, 2009, página 313), no qual objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais (Di Pietro, 2008).

Importa ressaltar que a titularidade do serviço não se confunde com a titularidade da prestação do serviço. Aquela será sempre do poder público, até mesmo no caso dos serviços públicos de cunho econômico (Silva, 2008), enquanto a titularidade da prestação pode ser tanto do poder público, no caso em que ele prestar o serviço diretamente, quanto do particular, se houver uma permissão ou concessão para tanto (Mello, 2008).

No que se refere à exclusividade da prestação, temos que não há que se falar em monopólio estatal para os serviços públicos, e sim para as atividades econômicas. Pelo próprio princípio da complementaridade, a política constitucional foi da não participação do Estado nas atividades econômicas, já por isso essa atuação ficou muito restrita (apenas naquelas situações previstas). Dessa forma, o monopólio público ficou amplamente limitado, principalmente, ainda, porque a Carta Magna delimitou de forma taxativa tais possibilidades em seu artigo 177 (Silva, 2008).

Para os serviços públicos não há que se falar em monopólio, mas sim em privilégio (Grau, 2008; Meirelles, 2007). Perceba que no serviço prestado por concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário, o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele de competição característico da atividade econômica em sentido estrito (Grau, 2008). É exatamente a prestação sob o regime de exclusividade — com regime jurídico diferenciado da atividade econômica — que torna a atividade atrativa para o setor privado (Grau, 2008).

Enquanto a atividade econômica se caracteriza pelo clima de livre concorrência, competição e, quando prestado com exclusividade, sob o regime de monopólio, o serviço público se caracteriza pela atuação, ainda que por mais de um concessionário ou permissionário, sob o regime de privilégio.



Tramita no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) 46, proposta pela Associação Brasileira de Empresas de Distribuição (Abraed), que discute a constitucionalidade da Lei 6.538/78 (dispõe sobre serviço postal), principalmente quanto à preservação do “monopólio” dos correios na exploração dos serviços postais.

Na elaboração do raciocínio, o autor parte do questionamento da natureza jurídica do serviço postal: serviço público ou atividade econômica? O próprio autor afirma que se entender que é serviço público, aquele poderá ser tratado como de controle exclusivo da União (quer dizer, sob privilégio). Contudo, se entender que é atividade econômica, o serviço em questão não pode se considerado como de monopólio da União, pelos motivos a seguir expostos.

Aqui abrimos uma observação para demonstrar que, na própria ADPF, o autor constata que o regime de monopólio não é tratado no referente aos serviços públicos, mas apenas às atividades econômicas em sentido estrito.

Para o autor, em razão do artigo 9º da lei em discussão prever que os serviços postais serão prestados em regime de monopólio, aquela lei, criada à época da ditadura, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988. E, por expressa falta de disposição legal, o serviço postal não poderia ser considerado serviço público.

A associação afirma ainda que, segundo disposição constitucional, em seu artigo 21, X, caberia à União apenas a manutenção desses serviços; que o monopólio público seria apenas aqueles enumerados taxativamente no artigo 177 da Constituição Federal e, partindo do pressuposto de que o serviço postal é atividade econômica, entende que a ECT não possui o monopólio estatal dessa atividade. Dessa forma, o serviço postal estaria regido pelos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Para tanto, a autora utiliza a lição de Luis Roberto Barroso: em 1968, há a mudança do serviço público de serviço postal (exercido pelo Departamento de Correios e Telégrafos – DCT) para atividade econômica explorada pelo Estado, na pessoa da empresa pública ECT. Essa passagem se deu nos termos do Decreto-lei 509, de 20/03/69, o qual era previsto a execução e controle em regime de monopólio.

Barroso salienta ainda que o serviço postal é atividade econômica não monopolizada pela União em nível constitucional, sendo impossível que se diga que só aquela pessoa de Direito Público pode exercê-lo, sob pena de afronta ao princípio constitucional da livre concorrência por legislação infraconstitucional.

Celso Ribeiro Bastos, em ensinamento demonstrado na exordial, de forma diversa, coloca que a regra é a iniciativa privada; a exceção, a intervenção do Estado (que deve ser interpretada de forma ainda mais restritiva quando se tratar de monopólio). E ainda: monopólio são somente aqueles criados pela Constituição. Não há, como havia na Carta de 67/69, em seu artigo 163, a possibilidade de se criar monopólio por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não fosse desenvolvido com eficácia no regime de competição ou de liberdade de iniciativa,

assegurado os direitos e garantias fundamentais. Não pode haver monopólio presumido. O serviço postal é atividade econômica. Apenas poderíamos considerá-lo como serviço público se, por disposição constitucional, houvesse previsão quanto a ser prestado diretamente ou mediante concessão ou permissão.

Não obstante a sedutora argumentação exposta, os ministros entenderam, porém de forma não unânime, pela manutenção do “monopólio” estatal. No final foi proclamado o seguinte resultado: seis votos pela improcedência da Arguição e quatro pela procedência parcial da ADPF, consolidando-se assim a manutenção do Monopólio Postal. Quanto aos votos, o relator, Marco Aurélio, votou pelo fim do monopólio estatal em sua completude, já os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, pela quebra do monopólio dos Correios em encomendas mas também em cartas comerciais. Por outro lado, a corrente que prevaleceu na votação ocorrida no Plenário do Supremo foi sustentada pelos ministros Eros Grau, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto.

No voto, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que a titularidade do serviço postal é da União, como prevê a Constituição Federal no artigo 21, inciso X, e que não há dúvida quanto a sua caracterização como serviço público.

Barbosa afirmou que não é mera faculdade do poder público colocar o serviço postal à 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.

O ministro ressaltou 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 contratos de concessão e permissão. “Não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador e fixar as formas de prestação desse serviço”, concluiu Barbosa.

O ministro Eros Grau defende que o serviço postal é serviço público que deve ser prestado exclusivamente pela União; e que a imprecisão legal em atribuir o regime de monopólio a tais serviços não o torna atividade econômica; que a sua substância não é alterada por essa falta de rigor e, por isso, entende que essa atividade deve ser prestada exclusivamente, sob o regime de privilégio.

O ministro Cezar Peluso, que decidiu votar pela improcedência total do pedido, salientou que “O conceito de serviço público é histórico e constitucional, daí a Constituição ter atribuído à União a responsabilidade e garantia do serviço como elemento de integração nacional”.

Carlos Ayres Britto afirmou que a atividade exclusiva da União garante a integração nacional e o sigilo das correspondências. Por outro lado, questionou o que viria a ser realmente a correspondência epistolar a que se quer proteger. Ayres Britto afirmou que seu conceito de carta “não é reducionista”, pois abrange as correspondências comerciais, por exemplo. Para ele, está excluída do conceito de serviço postal a entrega de impressos (periódicos, por exemplo) e de encomendas e, portanto, esses itens ficariam fora do privilégio dos Correios. Contudo, ele reconheceu estar mais alinhado à corrente que votou pela improcedência do pedido da ADPF

porque acredita "no Estado como carteiro entre o emissor e o destinatário da mensagem".

O atual presidente, Gilmar Mendes, votou também pela declaração de inconstitucionalidade dos artigos 42 a 45 da Lei 6.538/78. Estes tratam da criminalização da violação do monopólio postal. Segundo Gilmar Mendes esses dispositivos violam o princípio da reserva legal.

Estabelecida a diferença entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito e levando em consideração a argumentação desenvolvida na ADPF 46 pela autora, partiremos para estabelecer as características do serviço postal na esfera constitucional e infraconstitucional.

O serviço postal é regulado pela Lei Federal 6.538, de 22 de junho de 1978, e, conforme o artigo 2º desta, deve ser explorado pela União, mediante empresa pública vinculada ao Ministério das Comunicações. O Decreto-lei 509, de 20 de março de 1969, criou a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), e o Decreto Federal 83.726, de 17 de julho de 1979, estruturou-a.

Serviço postal consiste em, segundo o artigo 7º da Lei 6538/78, "o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento."

Segundo os preceitos constitucionais, cabe à União a competência de legislar sobre a matéria, conforme disposição do artigo 22, V. A esse ente federativo foi atribuído, também, a competência de "manter o serviço postal" (artigo 21, X). Os demais entes federativos só poderão intervir na matéria nos casos de proteção dos interesses públicos que devem tutelar (Silva, 2008; França, 2008).

Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), o serviço postal caracteriza-se por ser um serviço de prestação exclusiva do Estado, não podendo ser prestado sob regime de concessão ou permissão. Ou melhor, a política constitucional foi de afastar o particular da prestação desse serviço, ao contrário do que ocorre com outros serviços, como os de telecomunicações (França, 2008; Silva, 2008). Portanto, a lei não pode dispor o contrário, haja vista a vedação constitucional quanto à prestação de tal serviço por particular (França, 2008).

O fato de o serviço postal ser prestado pela Empresa Brasileira da Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública, ou seja, prestação descentralizada, não configura a concessão do serviço: os recursos aplicados continuam a ter origem pública; não se transfere a prestação do serviço para esfera estranha à da administração pública; e o regime jurídico não se altera (Justen Filho, 2009; Grau, 2008; Silva, 2008). Esse é o entendimento de grande parte dos mais influentes doutrinadores, como Geraldo Ataliba, Adilson Abreu Dallari (*Apud* Justen Filho, 2009), Eros Grau (2008) e José Afonso da Silva (2008).

A redação do artigo 173 da Constituição Federal poderia levar os interpretes a considerar o serviço postal como atividade econômica em sentido estrito, sob o regime do Monopólio. Todavia, o monopólio estatal está disposto taxativamente no artigo 177 da Carta Substancial, o que não faz referência alguma a tais serviços (França, 2008).

O serviço postal constitui serviço público privativo da União, conforme a lição da doutrina majoritária administrativista, como Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008), Marçal Justen Filho (2009), Vladimir da Rocha França (2008), José dos Santos Carvalho Filho (2009), Eros Roberto Grau (2008), Hely Lopes de Meirelles (2007), Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2006).

No entanto, o artigo 9º da Lei 6538/78 foi impreciso em estabelecer o serviço em questão sob o regime de monopólio. Todavia, pela substância desse serviço público, prestado com exclusividade pelo ente federal e sob o regime jurídico de direito público, pode-se concluir que ele é prestado sob o regime de privilégio.

Não obstante tal imprecisão, não se pode falar que essa Lei não foi recepcionada pela Carta Política de 1988. No fenômeno da recepção, “embora o texto da norma recepcionada permaneça o mesmo, poderá ela merecer leitura e interpretação diversas, quando o novo ordenamento esteja pautado por princípios e fins distintos do anterior” (Barroso, 1996, página 67). Na lição de Norberto Bobbio (*Apud* Barroso, 1996;), e no mesmo sentido do pensamento de Hans Kelsen (Kelsen, 2006), as normas do velho ordenamento são recepcionadas pelo novo ordenamento somente na sua parte formal. Isso quer dizer que a falta do rigor da Lei 6538/78 não afeta a ordem constitucional estatuída pelo constituinte de 1988. Afinal, a Constituição vigente tratou do serviço postal como serviço público.

Para fortalecer o nosso posicionamento, colacionamos alguns julgados em que o Supremo Tribunal Federal afirmou expressamente que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é serviço público. Este é o entendimento da Corte.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. ART. 102, I, "F", DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – EBCT. EMPRESA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POSTAL E CORREIO AÉREO NACIONAL. SERVIÇO PÚBLICO. ART. 21, X, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. A prestação do serviço postal consubstancia serviço público [art. 175 da CB/88]. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal tendo sido criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1969. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou, quando do julgamento do RE 220.906, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ 14.11.2002, à vista do disposto no artigo 6º do decreto-lei nº 509/69, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é “pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, que explora serviço de competência da União (CF, artigo 21, X)”. 3. Impossibilidade de tributação de bens públicos federais por Estado-membro, em razão da garantia constitucional de imunidade recíproca. 4. O fato jurídico que deu ensejo à causa é a tributação de bem público federal. A imunidade recíproca, por sua vez, assenta-se basicamente no princípio da Federação. Configurado conflito federativo entre empresa pública que presta serviço público de competência da União e Estado-membro, é competente o Supremo Tribunal Federal para o julgamento da ação cível originária, nos termos do disposto no artigo 102, I, "f", da Constituição. 5. Questão de ordem que se resolve pelo reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento da ação (12).

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Imunidade tributária de empresa pública prestadora de serviços públicos. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. (13)

EMENTA Tributário. Imunidade recíproca. Art. 150, VI, "a", da Constituição Federal. Extensão. Empresa pública prestadora de serviço público. Precedentes da Suprema Corte. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora (ECT), que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a da Constituição Federal. 2. Ação cível originária julgada procedente. (14)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ECT). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com o entendimento da Corte no sentido de que a imunidade recíproca dos entes políticos é extensiva à empresa pública prestadora de serviço público (RE 354.897/RS, Rel. Min. Carlos Velloso). II – Agravo regimental a que se nega provimento. (15)

Note que todos os processos colacionados se referem à questão de imunidade recíproca. Este instituto, disposto no artigo 150, VI, “a”, da CF/88, proíbe qualquer ente federativo de instituir impostos sobre o patrimônio, renda ou serviço uns dos outros. Essa vedação é extensível às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo poder público (artigo 150, parágrafo 2º, Constituição Federal). Segundo entendimento jurisprudencial, as empresas públicas prestadoras de serviço público também estão abarcadas por esse dispositivo constitucional.

A proibição em comento não atinge às sociedades econômicas em sentido estrito (parágrafo 3º); até mesmo em virtude do parágrafo 2º do artigo 173 da Constituição (16): “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.”

Apesar da atual tendência de reforma do Estado no caminho da desestatização, causada pelo pensamento neoliberal, a Constituição é, segundo a pirâmide hierárquica de normas de Hans Kelsen, o fundamento de validade última de um ordenamento jurídico. Dessa forma, houve algumas emendas constitucionais que acabaram com o “monopólio”, ou melhor o privilégio estatal, como os que afetaram os serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; mas não no caso dos serviços postais.

Nesse sentido, a discricionariedade política da Constituição Federal de 1988 foi de abordar o serviço postal como público; e não como atividade econômica a ser prestada pela sociedade civil, ficando ao Estado o dever de atuar subsidiariamente. Quer dizer, nesse caso, não foi opção adotada pela Carta Magna o Estado atuar somente naquelas situações que não sejam de interesse do setor privado.

A ordem constitucional vigente, ao dispor no artigo 21, X, a competência da União para “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”, não o fez para excluir de tal atividade o serviço público. No entendimento de Celso Ribeiro Bastos (conforme demonstrado no item 4.1) para ser serviço público deve estar expressamente previsto na Carta Substancial a forma de atuação, se direta ou mediante concessão e permissão.

Data venia, a interpretação é no sentido contrário. A ausência da forma de atuação se dá por expressa decisão política da Constituição: ela obsta, dessa forma, qualquer possibilidade desse serviço ser prestado pelo particular. Deve ser prestado diretamente pelo poder público; o que não exclui a possibilidade da prestação descentralizada. Afinal o ente descentralizado continua a fazer parte da administração pública; o serviço não sai do “domínio” público.

Além disso, o artigo 175 prevê que “incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Ora, já está constitucionalmente previsto que o serviço público pode ser prestado diretamente ou pelos regimes que admitem a atuação do particular. No caso ora em discussão, a política constitucional foi de inadmitir a prestação pelo particular.

Não se pode deixar de atentar também que o artigo 175 remete à lei a incumbência de dispor sobre a prestação dos serviços. E a Lei 6.538 se refere ao serviço postal como serviço público, assim como o entendimento jurisprudencial do STF.

Sabemos que para que uma lei seja válida é necessário que ela esteja condizente com a Constituição vigente. Mesmo que a lei seja anterior àquela Constituição, pelo fenômeno da recepção, ela pode ser recepcionada, em seu sentido formal, adquirindo, assim, validade perante a nova ordem jurídica.

Quanto à sua parte material, é possível que a lei, orientada pelo novo ordenamento, receba leitura e interpretação diversa para se adequar a ordem jurídica a que ela passa a pertencer. Por esse motivo que a palavra “monopólio”, no artigo 9º da lei de serviço postal, não altera a sua qualidade para atividade econômica. A substância atribuída pela Constituição ao serviço de correios e telégrafos é de natureza pública. Então, a exclusividade de tal atividade deve ser entendida como regime de “privilegio”, e não de monopólio, o qual se refere à atividade econômica.

Qual o problema da Lei 6.538/78 ter sido elaborada à época da Ditadura? O Código Tributário Nacional também o foi, assim como o Código de Processo Civil. Talvez a crítica, embora implícita, seja que aquela Lei foi desenvolvida à época em que vigorava o ideal do *Welfare State*, ou seja, o ideal do Estado de bem estar social; e não o ideal neoliberal que se tenta impor atualmente.

Na verdade, o que se quer é a ampla prestação pelo particular dos serviços antes exercidos pelo Estado. Por isso, gostaríamos de finalizar com uma frase de Eros Grau proferida em seu voto na ADPF 46: “A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição e certamente não nos conduzirá a um bom destino.”

Referências

2. *Atividade econômica é aqui entendida como gênero (sentido amplo), na qual são espécies o*

serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.

3. *Crise de serviço público é o nome dado à obra de Jean-Louis Corail, publicada na década de 50 do século passado.*

4. *O princípio da subsidiariedade consiste na idéia de deixar para o particular o exercício das atividades sociais e econômicas; deixando para o exercício do Estado apenas aquelas atividades que não seja do interesse privado.*

5. *No Brasil, tentou-se implementar esse ideal neoliberal através de uma série de reformas à Constituição Federal de 1988, como a EC nº 5/95 que afetou o “monopólio” da exploração de serviços públicos locais de distribuição de gás canalizado; a EC 8/95, o setor de telecomunicação e radiodifusão e a EC 9/95, o setor petrolífero. No plano infraconstitucional, essa percepção pode ser feita claramente ao observar os objetivos fundamentais do PDN (Plano Nacional de Desestatização – Lei n.8.031) (art. 1º): “I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II – contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito; V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.”*

6. *Ver MEDAUAR, Odete. Nova crise do serviço público?.*

7. *Eros Grau distingue interesse coletivo de interesse social. Afirma que “este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismos, interesses corporativos”. (2008, p. 127)*

8. *Atividade econômica a que nos referimos neste tópico é a atividade econômica em sentido estrito; espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo.*

9. *Abordaremos neste tópico somente as principais distinções para atingir o fim desse trabalho: caracterizar o serviço postal como serviço público ou atividade econômica em sentido estrito.*

10. *Nesse sentido, ver a ADI 83 e os REs 220.011, 229.696 e 354.857.*

11. *O regime jurídico-administrativo é aquele fundado nos princípios da supremacia do direito público sobre o interesse privado e da indisponibilidade do interesse público pela administração. (Cf. MELLO, 2008)*

12. *ACO 765 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/2005, DJe-211 DIVULG 06-11-2008 PUBLIC 07-11-2008 EMENT VOL-02340-01 PP-00141)*

13. *RE 357291 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 02-06-2006 PP-00012 EMENT VOL-02235-05 PP-00944*

14. *ACO 959, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2008, DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-01 PP-00001 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 23-37*



15. AI 690242 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-22 PP-04600)

16. Não se esqueça que o artigo 173 da CF se refere apenas às atividades econômicas em sentido estrito.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2009-out-06/servico-postal-servico-publico-ou-atividade-economica/>