

05/08/2009

TRIBUNAL PLENO

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MARCO AURÉLIO
RELATOR PARA O : MIN. EROS GRAU
ACÓRDÃO

ARGÜENTE(S) : ABRAED - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE DISTRIBUIÇÃO

ADVOGADO(A/S) : DAURO LÖHNHOFF DÓREA E OUTRO(A/S)

ARGÜIDO(A/S) : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT

ADVOGADO(A/S) : LUCIANA FONTE GUIMARÃES E OUTROS

INTERESSADO(A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ENCOMENDAS EXPRESSAS

ADVOGADO(A/S) : EMILIA SOARES DE SOUZA

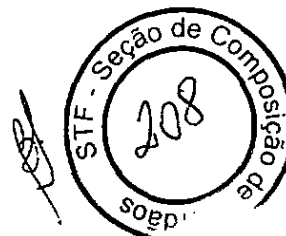
INTERESSADO(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL - ABRAEC

ADVOGADO(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIM E OUTROS

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, CAPUT, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI N. 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI.

1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público.

2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre



ADPF 46 / DF

si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar.

3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X].

4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969.

5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal.

7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. 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.

Brasília, 5 de agosto de 2009.



EROS GRAU - RELATOR PARA O ACÓRDÃO

15/06/2005

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGUENTE(S) : ABRAED - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE DISTRIBUIÇÃO
ADVOGADO(A/S) : DAURO LÖHNHOFF DÓREA E OUTRO(A/S)
ARGUIDO(A/S) : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
ADVOGADO(A/S) : LUCIANA FONTE GUIMARÃES E OUTROS
INTERESSADO(A/S) : SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ENCOMENDAS EXPRESSAS
ADVOGADO(A/S) : EMILIA SOARES DE SOUZA
INTERESSADO(A/S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTE INTERNACIONAL - ABRAEC
ADVOGADO(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIM E OUTROS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Esta argüição de descumprimento de preceito fundamental, em que formulado pedido de concessão de medida acauteladora, foi formalizada, apontando-se como argüida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, vinculada ao Ministério das Comunicações. Consigna-se o objetivo de reparar lesão a diversos preceitos fundamentais contidos na Constituição Federal. Então, discorre-se sobre a legitimidade da argüente, associação de abrangência nacional, a representar os interesses das empresas de distribuição, conforme previsto nos artigos 2º do Capítulo I e 5º do Capítulo II dos Estatutos Sociais, contando com associados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Maranhão, Paraná, Ceará, Bahia, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Piauí, Amazonas, Distrito Federal e outros. Afirma-se a legitimidade por se encontrar a argüente no rol das associações que

ADPF 46 / DF

podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. Quanto à pertinência temática, alude-se às finalidades estatutárias e à matéria versada na inicial, no que é buscada a preservação da livre iniciativa, da livre concorrência, tal como dispõem os artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, e 170, cabeça e inciso IV e parágrafo único, todos da Constituição Federal. Ter-se-ia o envolvimento de lei anterior à vigente Constituição Federal e atos, contrários ao Diploma Fundamental em vigor, emanados do Poder Público, perpetrados via Empresa Pública Federal de Correios e Telégrafos. Segundo o sustentado, inexistente meio eficaz de sanar a lesividade, dizendo-se dos reflexos de medidas relativamente às empresas associadas e que estão em todo o território nacional, no total de cerca de quinze mil, com mais de um milhão e duzentos mil empregados. Aduz-se que as ações judiciais se sucedem e que há de ser observado o princípio da subsidiariedade. Cita-se o que veiculado pelo ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 17 bem como pelo ministro Gilmar Mendes em artigo sobre o tema, argumentando-se com a ausência de outro meio eficaz para tornar prevaletentes os ditames constitucionais. Então, assevera-se:

a) os atos praticados pela argüida têm fundamento em lei anterior à Constituição de 1988, o que afasta a possibilidade de ajuizar-se ação direta de inconstitucionalidade;

b) os conflitos enfrentados pelas associadas da argüente e a insegurança jurídica hoje reinante em relação aos

ADPF 46 / DF

serviços postais somente podem ser cessados por meio de medida coletiva, com efeitos abrangentes, de modo a pacificar as relações judiciais mantidas pelas associadas, irradiando-se a toda sociedade.

A seguir, em tópico intitulado "dos fatos", relata-se a criação, no território nacional, de diversas empresas de distribuição, visando a atender à demanda do mercado de serviço de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de conta de luz e gás e outras atividades autorizadas pelos entes federativos - União, Estados e Municípios, sendo que em momento algum as empresas pretenderam entregar ou distribuir cartas, entendidas essas como correspondência de cunho pessoal, íntimo e sigiloso. Ter-se-ia iniciado "uma verdadeira cruzada nacional para expurgar a concorrência e banir do mercado todas as empresas congregadas pela argüente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a argüida possuiria o monopólio postal absoluto e, assim, toda e qualquer correspondência, seja ela uma lista telefônica, uma conta de luz 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; manuscrito fechado com endereço (Dicionário Brasil Contemporâneo)" (folha 10). Aponta-se como objetivo único de tal empreitada a eliminação da livre concorrência e do primado da iniciativa privada, buscando-se o desempenho exclusivo e a liberdade

ADPF 46 / DF

total de preços. Assevera-se que somente se tem monopólio nas atividades taxativamente referidas no artigo 177 da Constituição Federal e que as decisões sobre o tema vêm variando, ora concluindo o Judiciário pela existência do monopólio postal, ora pela necessidade de manutenção do serviço postal. As empresas de distribuição estariam sob ameaça de fechamento, muito embora prestando serviços de qualidade, a preços competitivos, gerando empregos e recolhendo impostos, tudo ocorrendo com a aprovação dos entes federativos.

A seguir, na inicial, procura-se demonstrar a inexistência do monopólio postal, à luz da Carta 1988. Alude-se às transformações decorrentes da passagem do tempo e cita-se não só Celso Ribeiro Bastos, como também Ives Gandra, ressaltando o primeiro que "nos dias atuais, o próprio serviço postal assume tão variadas modalidades que seria até mesmo um desatino e um contra-senso admitir-se que uma única empresa concessionária de serviço público pudesse prestá-lo em todas as suas variadas externalizações". O trecho citado, do saudoso constitucionalista, tem o seguinte fecho: "a intromissão da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em áreas em que ela não é bem-vinda, pois não requisitada pelos próprios usuários, é não só uma tentativa de fazer valer o monopólio que a Constituição não consagra, como também a implementação de um execrável precedente marcado por uma racionalidade econômica na qual não é lícito supor-se possa traduzir-se o interesse coletivo". O

ADPF 46 / DF

texto de Ives Gandra revela que "o correio aéreo nacional só se justifica, hoje, para atender aquelas áreas do País aonde não chegam as linhas regulares". Estar-se-ia confundindo manutenção de certo serviço pela União - do serviço postal nacional - com o monopólio. São mencionados constrangimentos sofridos pelos associados da argüente - de notificações a clientes quanto à ilegalidade da atuação, passíveis de punições civis e criminais, a medidas de busca e apreensão e condução de empregados a delegacias policiais. À folha 15, vê-se quadro exemplificativo de empresas acionadas, processos em curso e respectivas conseqüências.

A análise sobre os preceitos fundamentais tidos como violados faz-se após referência ao voto do ministro Néri da Silveira no julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 1, quando Sua Excelência assentou que "cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque, promulgado o texto constitucional, é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro - a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua discricção indicá-los". Mencionam-se lições de André Ramos Tavares, em "Tratado de Argüição de Preceito Fundamental" e remete-se ao Direito português, nas ópticas de Canotilho e Vital Moreira acerca do que se entende como princípio fundamental, aludindo-se,

ADPF 46 / DF

mais, ao ensinamento de José Afonso da Silva em "Curso de Direito Constitucional Positivo".

À luz da livre iniciativa, evoca-se o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos brandir lei da época da ditadura, visando ao afastamento de empresas legalmente constituídas, sob o pretexto de ter a exclusividade, o monopólio. Quanto à liberdade do exercício de qualquer trabalho, argumenta-se que a norma do inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal tem por finalidade a formação do mercado, excluídas apenas atividades ilícitas ou os casos em que não se faça presente a qualificação profissional. No tocante à livre concorrência, à livre iniciativa, pondera-se que o limite é o abuso do poder econômico que objetive a dominação dos mercados, a eliminação de concorrentes e o aumento dos lucros - artigo 173, § 4º, do Diploma Máximo. Os atos praticados pela argüida implicam, segundo o sustentado, violência aos preceitos fundamentais referidos, buscando a intimidação de empregados, diretores e clientes das empresas associadas. As medidas para banir do ramo de distribuição a livre iniciativa, a livre concorrência, e impedir o desenvolvimento do ofício estariam compreendidas na política nacional desenvolvida pelo Ministério das Comunicações e seguida à risca pelos dirigentes da Empresa Brasileira de Correios, com alegado esteio no artigo 9º de lei anterior a Carta, ou seja, a Lei nº 6.538/78, no que dispõe:

Art. 9º - São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais:

ADPF 46 / DF

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.

§ 1º - Dependem de prévia e expressa autorização da empresa exploradora do serviço postal;

a) venda de selos e outras fórmulas de franqueamento postal;

b) fabricação, importação e utilização de máquinas de franquear correspondência, bem como de matrizes para estampagem de selo ou carimbo postal.

§ 2º - Não se incluem no regime de monopólio:

a) transporte de carta ou cartão-postal, efetuado entre dependências da mesma pessoa jurídica, em negócios de sua economia, por meios próprios, sem intermediação comercial;

b) transporte e entrega de carta e cartão-postal; executados eventualmente e sem fins lucrativos, na forma definida em regulamento.

Passa-se à interpretação sistemática dos artigos 21, inciso X, 22, inciso V, e 170 da Constituição Federal, salientando-se ser a livre iniciativa e a livre concorrência verdadeiros princípios constitucionais. Reportando-se ao artigo 177 da Lei Fundamental, diz-se constituir exceção o monopólio de atividades, descabendo ampliar, conforme ressaltado por José Afonso da Silva, o elenco referido na Carta da República. Após o exame do serviço postal, de maneira a se lhe elucidar o caráter - se de serviço público ou de atividade econômica -, remete-se a parecer de Luiz Roberto Barroso publicado na Revista de Direito Administrativo de

ADPF 46 / DF

outubro/dezembro de 2000, no qual o autor revela que, em todo o mundo, a prestação de serviço postal não pressupõe o exercício de um poder estatal, bem assim no direito objetivo brasileiro. Sob a perspectiva constitucional, ao menos desde a década de 60, não se contaria com o enquadramento do serviço postal como serviço público, havendo sido o marco da alteração a transformação do Departamento de Correios e Telégrafos - DCT, em 1968, em empresa pública. Conclui o jurista, naquele parecer, tratar-se não de serviço público, mas de exploração de atividade econômica, aspecto a afastar o óbice à atuação de particulares. Com a vigência da Constituição Federal de 1988, delimitadas teriam restado as áreas em que presente o monopólio. Em tal sentido também entendera Celso Ribeiro Bastos, consoante veiculado no seguinte trecho transcrito à folha 29:

Não tendo havido previsão constitucional de monopólio da União para as atividades de serviço postal, tem-se que este pode ser exercido também pelos particulares, em observância aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Todos os casos não previstos no artigo 177 não são de monopólio dos entes estatais, em específico a União, porque tal dispositivo é *numerus clausus*, uma vez que representa exceção aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Sendo a Lei nº 6.538 do ano de 1978, ao entrar em vigor a Constituição Federal de 1988 foi tal lei revogada no que se refere ao monopólios nela estabelecidos. Destarte, claro está que inexistente o chamado monopólio estatal. Logo ilegais e violadores dos preceitos fundamentais apontados os atos praticados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, bem como inconstitucional a Lei nº 6.538/78 pois revogada tacitamente pela Carta Política de 1988.

Após aludir-se à fala do então ministro das Telecomunicações Miro Teixeira, em entrevista concedida em 27 de fevereiro de 2003 ao Jornal Nacional, da Rede Globo de Televisão -

ADPF 46 / DF

no sentido de que "novas tecnologias facilitarão a quebra do monopólio" - e do Secretário de Assuntos Postais, Marcelo Perrupato, em reportagem da revista Isto é Dinheiro, de 19 de março do corrente ano, sobre a existência de cerca de quinze mil empresas de distribuição no Brasil e a falta de impedimento, às filiadas da argüente, para administrar correspondência comercial, pleiteou-se a concessão de liminar, remetendo-se a lições de Liebman, citado por Humberto Teodoro Júnior, quanto ao escopo da medida - de "satisfazer provisoriamente o interesse geral jurídico de assegurar a paz na convivência social ou evitar a perda ou a deterioração de bens econômicos ou, ainda, obstar a lesão ou ameaça de lesão a direitos, em virtude do perigo na demora natural dos processos judiciais e a alteração do equilíbrio de força entre as partes" (folha 32). Assegurando-se existente o sinal do bom direito e o risco de se manter com plena eficácia o quadro, pediu-se "a suspensão de todo e qualquer processo, bem como de decisões judiciais, que versem sobre a matéria objeto da presente argüição, expedindo-se os ofícios respectivos aos Tribunais Regionais Federais, informando-os de tal decisão, haja vista não haver como, nesta peça, individualizar todos os feitos em trâmite o Poder Judiciário, em todo o território nacional, versando sobre esse tema" (folha 36). Caso assim não se entenda, requer-se seja concedida a liminar "unicamente para as associadas da argüente, impedindo que sejam vítimas das ações da argüida até o julgamento final desta argüição", e, sucessivamente,

ADPF 46 / DF

que se "permita às associadas da argüente, até o julgamento final da ação, o livre exercício das atividades constantes em seus respectivos contratos sociais, sem qualquer constrangimento por parte da argüida" (folha 37). O pedido final está desdobrado, às folhas 37 e 38, para:

a) reconhecer-se "a violação aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer trabalho, como exaustivamente apontado nesta peça, perpetradas por atos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Poder Público)";

b) declarar-se, "nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei nº 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências";

c) também nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.882/99, tendo em vista a relevância da matéria, declarar-se o que se entende por carta cuja entrega, por motivo de segurança e privacidade, continua sendo prerrogativa da argüida, restringindo-se tal conceito "ao papel escrito, metido em envoltório fechado, selado, que se envia de uma parte a outra, com conteúdo único, para comunicação entre pessoas distantes, contendo assuntos de natureza pessoal e dirigido, produzido por meio intelectual e não mecânico, excluídos expressamente deste conceito as conhecidas correspondências de mala-direta, revistas, jornais e periódicos, encomendas, contas de luz, água e telefone e assemelhados, bem como objetos bancários como

ADPF 46 / DF

talões de cheques, cartões de créditos, etc". Então, requereu-se fossem intimados a manifestar-se sobre a ação o excelentíssimo Ministro das Comunicações, à época o Senhor Miro Teixeira, o Presidente da argüida, à época o Senhor Airton Dipp, o Procurador-Geral da República, como também qualquer outra autoridade, a critério do Tribunal. Com a inicial, vieram os documentos de folha 40 a 545.

À folha 548, despachei, tendo em conta a necessidade de autenticação das peças anexadas. A argüente peticionou, declarando a autenticidade das cópias acostadas à inicial e requerendo a juntada de documentos. Às folhas 571 e 572, tornei a despachar, aludindo à circunstância de se ter a anexação de cópias diversas não constantes de processo.

Acompanharam a petição de folhas 574 e 575 originais e cópias autenticadas.

Instei a argüente a providenciar cópia da inicial (folha 892), ordenando, às folhas 895 e 896, a citação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, devendo-se ouvir também o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Eis o teor do despacho (folha 895 e 896):

ADPF - MANIFESTAÇÕES - ARGÜIDA -
ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO -
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA.

1. Cite-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ouvindo-se o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República - § 2º do artigo 5º da Lei nº 9.882/99.

2. Esclareço que o processo ficou entre os que aguardam exame, não havendo sido percebida a fase. Considere-se o extravagante número dos distribuídos semanalmente.

3. Publique-se.

Com a petição de folhas 902 e 903, insistiu a argüente na apreciação do pedido de concessão de medida liminar, ao que determinei fossem aguardados os pronunciamentos.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos trouxe ao processo a manifestação de folha 909 a 974. Preliminarmente, ressalta a ilegitimidade ativa da argüente, conforme precedentes da Corte, no sentido de ser restrita tal atuação aos legitimados para ação direta de inconstitucionalidade e assevera que "não se reconhece natureza de entidade de classe àquelas organizações que, congregando pessoas jurídicas, apresentam-se como verdadeiras associações de associações" (folha 919). Segue-se a análise da natureza do serviço postal, reportando-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos aos artigos 21, inciso X, e 22, inciso V, da Constituição Federal, no que revelam caber à União manter o serviço e sobre ele legislar. O Decreto-Lei nº 509/69, que veio a criar a empresa pública federal encarregada do serviço estaria a encerrar o regime de monopólio, prevendo a Lei nº 6.538/78 sanções para os infratores do monopólio. No artigo 47 da citada lei, constaria a definição de carta. Afirma a argüida que o serviço postal tem caráter público, qualificado pela Constituição Federal como necessário, sendo um dever do Estado. Procurando estabelecer

ADPF 46 / DF

distinção entre o serviço postal, no que asseverado público, e o serviço de saúde e educação - quando a Carta, mediante os artigos 196 e 205, consigna o dever do Estado e a abertura à livre iniciativa -, aponta a Empresa que tais serviços - de saúde e educação - deixam de ser públicos, uma vez implementados por particulares. No caso do serviço postal, contar-se-ia com os três requisitos necessários à caracterização como público: a) o desenvolvimento de atividade de interesse coletivo, b) a presença do Estado e c) o procedimento de Direito Público. Após dizer da generalidade, uniformidade, continuidade e regularidade do serviço, afirma a argüida que, desde a Constituição de 1891, cumpre ao Estado o poder-dever ou o dever-poder de manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, ante o interesse de toda a coletividade. Daí a União haver criado empresa pública para implementá-lo. Argumenta ser entidade estatal delegada. Referindo-se às lições de Cirne Lima sobre as pessoas administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e ao magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello acerca dos tipos fundamentais de empresas públicas - prestadoras de serviços públicos e exploradora de atividade econômica -, entende estar compreendida na primeira espécie, não se lhe aplicando as disposições do artigo 173 e parágrafo da Constituição Federal de 1988. Reporta-se à visão de Geraldo Ataliba sobre não haver, no caso, exploração de atividade econômica e ao que decidido no Recurso Extraordinário nº 172.816-7/RJ e no Mandado de

ADPF 46 / DF

Segurança nº 21.322-1/DF, relatados pelo ministro Paulo Brossard, no que apreciada a questão das empresas públicas constituídas para prestação de serviço público. Menciona mais o que assentado pelo Plenário no Recurso Extraordinário nº 220.906-9/DF, sob o ângulo da execução via precatório, remetendo ao voto do ministro Maurício Corrêa. O Tribunal teria considerado a prestação do serviço como pública. Alude ainda à decisão da Segunda Turma, da lavra do ministro Carlos Velloso, no sentido de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ser prestadora de serviço público, estando alcançada pela imunidade tributária recíproca - Recurso Extraordinário nº 407.099-5/RS. Assevera que o serviço postal não perde a natureza e o regime públicos ante a delegação a uma empresa pública.

Após concluir pela existência de atividade própria do Estado, discorre sobre a exclusividade, com esteio na Lei nº 6.538/78. Admite que, conquanto possam constituir serviços exercidos pela União, diretamente ou por meio da própria atuação, os de recebimento, transporte e entrega de outros objetos e valores que não configurem carta, cartão-postal ou correspondência agrupada, as atividades não estão sujeitas ao monopólio, podendo haver a exploração econômica pela iniciativa privada. Uma vez atuando, ter-se-ia como adequada a rotulação como serviço postal. Aponta que, "a rigor, portanto, a menos que houvesse concessão ou permissão da ECT, ninguém poderia executar o serviço postal de valores e encomendas".

ADPF 46 / DF

Alega que a Lei nº 6.538/78 alcança diversas atividades: a) serviço público exclusivo - artigo 9º; b) serviço público não exclusivo - artigo 7º, § 2º e § 3º; c) atividades correlatas - artigo 8º e d) atividades afins - artigo 2º, § 1º, letra "d". As empresas associadas à argüente não teriam a titularidade do serviço de recebimento, transporte e entrega, no território nacional, expedição para o exterior, de carta e cartão-postal, por envolver serviço público exclusivo da União, cuja execução lhe fora delegada.

No que tange à recepção, pela Constituição Federal, da exclusividade prevista no Decreto-Lei nº 509/69 e na Lei nº 6.538/78, reporta-se a argüida à manifestação do Ministério Público Federal na Apelação nº 1999.70.00.033981.5, julgada pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Busca demonstrar que o silêncio, sob ângulo do monopólio, do artigo 177 da Constituição Federal, resulta do fato de não se ter atividade de natureza privada. Discorrendo sobre o enquadramento de entrega de contas relativas ao consumo de energia elétrica, de água, de documentos bancários e outros como serviço postal, conclui de forma positiva, ante a Lei nº 6.538/78. A entrega estaria compreendida no gênero "cartas endereçadas a diversas pessoas naturais e jurídicas", sendo alcançada pelo monopólio postal. Faz referência ao que decidido no Recurso Especial nº 434.399/PR, sob a relatoria do ministro Luiz Fux, bem como ao voto do juiz Jirair Aram Meguerian no Mandado de Segurança 1998.01.00.01221.0/RO, citando, mais, o que decidido no

ADPF 46 / DF

Habeas Corpus nº 21.804/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, da relatoria do ministro Gilson Dipp, e outros precedentes. Remete à óptica de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a impossibilidade de até mesmo ter-se o serviço postal e o correio aéreo nacional submetidos ao sistema de autorização, concessão ou permissão, daí decorrendo haver-lhe sido outorgada legalmente, pela União, a execução do serviço.

Critica o que denomina de correio paralelo, no que a população vincula o serviço postal ao nome "Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos". Concluiu, então, que o recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição para o exterior de carta e cartão-postal é serviço público qualificado, típico e exclusivo da União, cuja execução foi a si delegada. A argüente estaria visando à discussão, tão-somente, do conceito de carta, porquanto teria admitido a exclusividade no recebimento, transporte e entrega, dando enquadramento todo próprio à noção do que se entende como tal. Admite a argüida a possibilidade de atuação das associadas no mercado de serviços de logística, realizando serviços de distribuição de revistas, periódicos e encomendas, mas não quanto às atividades enumeradas no artigo 9º da Lei nº 6.538/78, ou seja, com destaque para o recebimento, transporte e entregas de cartas assim como a emissão de selos. Faz referência à existência do monopólio postal em diversos países - Bélgica, Dinamarca, Alemanha, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Países Baixos, Áustria, etc -,



ADPF 46 / DF

salientando ser a décima terceira maior do mundo, respondendo por 90% do fluxo postal da América Latina e contando com 98.015 empregados diretos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e admitidos mediante concurso público, estando presente em todos os 5.561 municípios brasileiros e gozando da maior credibilidade perante a população - 92%, segundo pesquisa da FIAUSP. As atividades postais monopolizadas, em especial o recebimento, transporte e entrega de carta (contas de água, luz, telefone, boleto bancário, etc.), responderiam, segundo dados de 2002, por 47% da receita operacional, havendo alcançado, naquele ano, cinco bilhões e quatrocentos milhões de reais. Afirma, então, que "todo o serviço postal continua sob a égide da União, que outorgou a sua titularidade a ECT, devendo esta entidade ser a guardiã de sua implantação, planejamento, manutenção, execução, fiscalização e controle, observado o monopólio de que trata o artigo 9º da Lei nº 6.538/78".

A Advocacia-Geral da União manifestou-se na forma da peça de folha 978 a 992, ressaltando:

a) a atividade econômica é gênero do qual são espécies a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público;

b) o artigo 173, § 1º, da Constituição Federal refere-se a atividade econômica em sentido estrito, não atingindo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos;



ADPF 46 / DF

c) o serviço postal está no conceito amplo de atividade econômica e é um serviço público não submetido a regime de competição que, mediante autorização legal, pode ser delegado por meio de concessão ou permissão - artigo 175 da Constituição Federal;

d) o serviço postal, por estar no artigo 21 da Constituição Federal, é um serviço público do tipo privativo da União;

e) o termo "monopólio" diz respeito a atividade econômica e, em relação ao serviço público, aplicável é o vocábulo exclusividade;

f) a arguição de descumprimento de preceito fundamental não pode ser utilizada para discutir as medidas judiciais e administrativas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

Entende que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição Federal e que não há violação dos preceitos asseguradores da livre iniciativa, do livre exercício do trabalho e da livre concorrência.

Já a Procuradoria Geral da República assentou que:

a) o princípio da livre concorrência não é de natureza fundamental, não cabendo arguição de descumprimento de preceito fundamental para questionar-lhe a inobservância;

b) a atividade econômica é gênero do qual são espécies atividade econômica em sentido estrito e serviço público;



ADPF 46 / DF

c) o serviço público postal não está submetido aos artigos 173, § 1º, 177 da Constituição Federal, vigorando o regime de privilégio sem competição;

d) o serviço público pode ser tomado sob dois ângulos: o delegado mediante concessão, permissão ou autorização e o prestado pelo próprio Estado, como no caso do serviço postal;

e) o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário nº 407.099-5/RS, assentou que o serviço postal é serviço público, estando na competência da União;

f) a arguição de descumprimento de preceito fundamental, embora processo objetivo, pode ser utilizado, tendo em conta medidas judiciais e administrativas promovidas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, não procedendo, no entanto, o pleito inicial.

O parecer é no sentido de que a Lei nº 6.538/78 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não subsistindo o que articulado na inicial.

É o relatório.



15/06/2005

TRIBUNAL PLENO

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, acabamos de ouvir um longo voto, muito bonito desde o seu primeiro momento, quando o Ministro Relator começou fazendo uma exposição sobre a interpretação, o círculo hermenêutico, a pré-compreensão, temas que entendo fascinantes. Mas vou pedir vênia pra divergir. Diria, inicialmente, que toda a exposição atinente à atividade econômica em sentido estrito perde o sentido porque o serviço postal é serviço público.

Como observei ao votar na ACO 765, na sessão do dia **1º de junho de 2005**, embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito¹, há casos nos quais essa identificação pode ser operada com facilidade. Faço alusão, aqui, a hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria; temos aí os serviços públicos por definição constitucional.

Quanto ao parecer por ele referido --- eu me permitiria corrigir o Ministro Marco Aurélio --- não é "ainda não publicado", é "não publicado"...

¹ Vide meu A ordem econômica na Constituição de 1988, 9ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.004, págs. 92 e ss.

ADPF 46 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Imaginei que Vossa Excelência daria conhecimento a todos pela valia, pelo conteúdo do parecer.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - É que o parecer, na verdade, versa sobre um projeto de lei. Mas não discrepa em nada da lei vigente. Fala em serviço postal, que é o conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado. Praticamente não inova nada. Vou chegar lá, mais adiante. De qualquer modo, o que está afirmado lá e o que tenho afirmado, inclusive em trabalho acadêmico, é que o serviço postal é serviço público. Portanto, a premissa de que parte o argüente é equívoca. O serviço postal não consubstancia 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 acaba caindo no vazio, perde o sentido.

De serviço a ser prestado exclusivamente pela União se trata. Lembro neste passo afirmação de JOSÉ AFONSO DA SILVA²: "Além da exploração e execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que reputou públicos, tais como: (a) manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; (...)". No mesmo sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO³: "A Constituição reserva à União o transporte de cartas e encomendas a elas equiparadas, por conta de terceiros, de

² Curso de Direito Constitucional positivo, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1.997, pág. 471.

³ Comentários à Constituição brasileira de 1988, volume I, 2ª edição, Saraiva, 1.997, pág. 156.

ADPF 46 / DF

modo habitual". Relembro, ademais, que o artigo 42 da Lei n. 6.538/78 define o crime de violação do privilégio postal da União.

Isso é muito importante, porque embora a lei em alguns momentos mencione, de modo equívoco, em termos de técnica --- e isso foi ressaltado da Tribuna --- "monopólio", refere-se, de modo adequado, a violação de privilégio. Pois não se trata de monopólio, mas de privilégio, como referi no parecer aqui aludido pelo Ministro Marco Aurélio. Os nomes não alteram a substância da exclusividade.

Tenho reiteradamente insistido⁴ na necessidade de apartarmos o regime de privilégio, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado.

Monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* é expressão de uma situação de *privilégio*. RUY BARBOSA⁵ afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, "absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da Administração, no País, no Estado, ou no Município, e por ela delegados, em troca de certas compensações, a esses concessionários privativos". E, adiante, completa: "Num ou noutro caso, pois, todos

⁴ Meu A ordem econômica na Constituição de 1988, cit., págs. 124 e ss.

⁵ "Privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos", in Obras Completas, vol. XXXV, t. II, Ministério da Educação e Cultura, Rio, 1963, pp. 13-14.

ADPF 46 / DF

esses serviços hão de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios na significação má e funesta da palavra"⁶. Por quê? Porque se trata da exclusividade da prestação de serviço público, que é atividade distinta da atividade econômica em sentido estrito. Por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado.

Os regimes jurídicos sob os quais são prestados os serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida *sob privilégios*, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão.

O argumento desenvolvido na tribuna pelo Professor Barroso não se sustenta. Pois é certo que, para que empresa privada pudesse ser admitida à prestação do serviço postal, que é serviço público, seria necessário que a Constituição dissesse que o serviço postal é livre à iniciativa privada, tal qual o fazem os artigos 199 e 209 em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão. Os artigos mencionados excepcionam o art. 175 para dizer que a prestação de serviços de saúde e educação são livres à iniciativa privada.

⁶ Idem, pág. 15.

ADPF 46 / DF

O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, como tal criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969, que foi recebido pela Constituição de 1.988. Atua, isto é, deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem, ou seja --- em linguagem técnica correta --- em situação de privilégio [o privilégio postal] ou --- na linguagem corrente --- em regime de monopólio.

Quanto ao âmbito do serviço postal, está bem desenhado nos artigos 7º e seguintes da Lei n. 6.538/78, também recebida pela Constituição de 1.988.

HESSE sustenta a Constituição está condicionada pela realidade histórica, razão pela qual - e o Ministro Gilmar Mendes conhece isso de cor, porque traduziu esse trecho, portanto a dicção em português é dele - não se a pode separar da realidade concreta do seu tempo e a pretensão de eficácia de suas normas somente pode ser realizada se for levada em conta essa realidade. Perece a força normativa do direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente. Opera-se então a frustração material da finalidade dos seus textos que estejam em conflito com a realidade e ele se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais. Ao intérprete incumbe, então, sob o manto dos princípios, atualizá-lo.

O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza.



ADPF 46 / DF

É do presente, na vida real, que se toma as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida --- e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos.


A realidade nacional evidencia que nossos conflitos são trágicos. A sociedade civil não é capaz de solucionar esses conflitos. Não basta, portanto, a atuação meramente subsidiária do Estado. No Brasil, hoje, aqui e agora --- vigente uma Constituição que diz quais são os fundamentos do Brasil e, no artigo 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o artigo 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) --- vigentes os artigos 1º e 3º da Constituição, exige-se, muito ao contrário do que propõe o voto do Ministro relator, um Estado forte, vigoroso, capaz de assegurar a todos existência digna. A proposta de substituição do Estado pela sociedade civil, vale dizer, pelo mercado, é incompatível com a Constituição do Brasil e certamente não nos conduzirá a um bom destino.

Respeitar, fazer cumprir a Constituição, é fundamentalmente dar eficácia, prover a eficácia dos artigos 1º e 3º.

Tudo quanto da tribuna foi dito sobre a evolução da tecnologia é veraz, mas deve refletir-se, na vigência da Constituição de 1.988, em aprimoramento tecnológico da empresa estatal delegada da prestação dos serviços, a ECT.

ADPF 46 / DF

Por isso, Senhora Presidente, peço vênias para divergir e julgar inteiramente improcedente a ADPF.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail stroke extending downwards and to the right.