

**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE  
PRECEITO FUNDAMENTAL 46 – DF**

**Relator:** O sr. ministro Marco Aurélio

**Relator para o acórdão:** O sr. ministro Eros Grau

**Arguente:** Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED

**Arguida:** Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT

**Interessados:** Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. 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 arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*, 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 art. 42 da Lei 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no art. 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 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 (art. 21, 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 509, de 10 de março de 1969.

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 art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento 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 art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

Brasília, 5 de agosto de 2009 — Eros Grau, relator para o acórdão.



## RELATÓRIO

O sr. ministro Marco Aurélio: Esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, em que formulado pedido de concessão de medida acauteladora, foi formalizada, apontando-se como arguida 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 arguente, associação de abrangência nacional, a representar os interesses das empresas de distribuição, conforme previsto nos arts. 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 arguente no rol das associações que 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 arts. 1º, IV; 5º, XIII; e 170, cabeça e 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 ADPF 17, bem como pelo ministro Gilmar Mendes em artigo sobre o tema, argumentando-se com a ausência de outro meio eficaz para tornar prevalecentes os ditames constitucionais. Então, assevera-se:

a) os atos praticados pela arguida 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 arguente e a insegurança jurídica hoje reinante em relação aos 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 arguente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a arguida 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)” (fl. 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 total de preços. Assevera-se que somente se tem monopólio nas atividades taxativamente referidas no art. 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 contrassenso 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 excecível precedente marcado por uma racionalidade econômica na qual não é lícito supor-se possa traduzir-se o interesse coletivo”. O 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 arguente – 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 fl. 15, vê-se quadro exemplificativo de empresas acionadas, processos em curso e respectivas consequências.

A análise sobre os preceitos fundamentais tidos como violados faz-se após referência ao voto do ministro Néri da Silveira no julgamento da ADPF 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 arguição 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, 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 art. 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 – art. 173, § 4º, do Diploma Máximo. Os atos praticados pela arguida 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 art. 9º de lei anterior à Carta, ou seja, a Lei 6.538/1978, no que dispõe:

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.

§ 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 arts. 21, X, 22, V, e 170 da Constituição Federal, salientando-se ser a livre iniciativa e a livre concorrência verdadeiros princípios constitucionais. Reportando-se ao art. 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 Luís Roberto Barroso publicado na *Revista de direito administrativo* de 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 sessenta, 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 fl. 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 art. 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 n. 6.538 do ano de 1978, ao entrar em vigor a Constituição Federal de 1988 foi tal lei revogada no que se refere aos 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 n. 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 – 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 arguente, 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” (fl. 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 arguição, 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” (fl. 36). Caso assim não se entenda, requer-se seja concedida a liminar “unicamente para as associadas da arguente, impedindo que sejam vítimas das ações da arguida até o julgamento final desta arguição”, e, sucessivamente, que se “permita às associadas da arguente, até o julgamento final da ação, o livre exercício das atividades constantes em seus respectivos contratos sociais, sem qualquer constrangimento por parte da arguida” (fl. 37). O pedido final está desdobrado, às fls. 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 art. 11 da Lei n. 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei n. 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências”;

c) também nos termos do art. 11 da Lei n. 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 arguida, 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 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 arguida, à época o senhor Aírton Dipp, o procurador-geral da República, como também qualquer outra autoridade, a critério do Tribunal. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 40 a 545.

À fl. 548, despachei, tendo em conta a necessidade de autenticação das peças anexadas. A arguente peticionou, declarando a autenticidade das cópias acostadas à inicial e requerendo a juntada de documentos. Às fls. 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 fls. 574 e 575 originais e cópias autenticadas.

Instei a arguente a providenciar cópia da inicial (fl. 892), ordenando, às fls. 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 (fl. 895 e 896):

**ADPF - Manifestações - Arguida - 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 art. 5º da Lei 9.882/1999.

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 fls. 902 e 903, insistiu a arguente 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 fls. 909 a 974. Preliminarmente, ressalta a ilegitimidade ativa da arguente, 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" (fl. 919). Segue-se a análise da natureza do serviço postal, reportando-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos aos arts. 21, X, e 22, V, da Constituição Federal, no que revelam caber à União manter o serviço e sobre ele legislar. O Decreto-Lei 509/1969, que veio a criar a empresa pública federal encarregada do serviço estaria a encerrar o regime de monopólio, prevendo a Lei 6.538/1978 sanções para os infratores do monopólio. No art. 47 da citada lei, constaria a definição de carta. Afirma a arguida que o serviço postal tem caráter público, qualificado pela Constituição Federal como necessário, sendo um dever do Estado. Procurando estabelecer distinção entre o serviço postal, no que asseverado público, e o serviço de saúde e educação - quando a Carta, mediante os arts. 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 arguida 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 Antônio 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 art. 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 RE 172.816-7/RJ e no MS 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 RE 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 – RE 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 6.538/1978. 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”. Alega que a Lei 6.538/1978 alcança diversas atividades: a) serviço público exclusivo – art. 9º; b) serviço público não exclusivo – art. 7º, § 2º e § 3º; c) atividades correlatas – art. 8º; e d) atividades afins – art. 2º, § 1º, *d*. As empresas associadas à arguente 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 509/1969 e na Lei 6.538/1978, reporta-se a arguida à manifestação do Ministério Público Federal na Apelação 1999.70.00.033981.5,

julgada pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Busca demonstrar que o silêncio, sob ângulo do monopólio, do art. 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 6.538/1978. 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 RE 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 HC 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 arguente 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 arguida 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 art. 9º da Lei 6.538/1978, 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. –, 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 art. 9º da Lei n. 6.538/78”.



A Advocacia-Geral da União manifestou-se na forma da peça de fls. 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 art. 173, § 1º, da Constituição Federal refere-se à atividade econômica em sentido estrito, não atingindo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos;

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 - art. 175 da Constituição Federal;

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

e) o termo "monopólio" diz respeito à 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 6.538/1978 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;

c) o serviço público postal não está submetido aos arts. 173, § 1º, e 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 RE 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 6.538/1978 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, não subsistindo o que articulado na inicial.

É o relatório.

## VOTO

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Tenho a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED) como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do art. 2º da Lei 9.882, de 3 de novembro de 1999, como entidade de classe de âmbito nacional, com associadas em mais de nove Estados do País, balizas aventadas na ADI 386-1/ES, relatada pelo ministro Sydney Sanches. Incumbe-lhe defender os integrantes da categoria congregada, que se dedicam à área de logística e de distribuição de pequenas encomendas bem como malas-diretas, revistas, jornais, periódicos, contas de luz, de água, de telefone e assemelhados e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal, por provocação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), na medida em que esta se diz detentora do monopólio da entrega do gênero “correspondências”.

Quanto à observação do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de não ser cabível o questionamento de normas pré-constitucionais mediante o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, caso em que o Tribunal é chamado apenas a decidir sobre a recepção, ou não, de determinada regra, em face de posterior texto constitucional. Não existe outro meio apto a sanar possível lesividade a que se alegam submetidas às empresas distribuidoras de encomendas em todo o território nacional. Cumpre resolver controvérsia constitucional da maior envergadura – a permanência, ou não, do monopólio da prestação do serviço postal, instituído com a Lei federal 6.538/1978, ante os novos ditames constitucionais.

Assim, sob o ângulo do macroprocesso, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz, somente servindo ao surgimento de milhares de processos cujo desfecho é projetado no tempo, com sobrecarga da máquina judiciária e enorme instabilidade das relações jurídicas. Eis o importante papel, no que tange à paz social, atribuído ao Supremo, que não pode ficar a reboque na definição do alcance da Carta da República. Digo mesmo que a Corte há de estar sempre propensa a examinar os grandes temas nacionais, contando, para tanto, com a competência de julgar os processos objetivos. O grande número de demandas individuais, o vulto do varejo não pode servir a posicionamento esvaziador da atividade precípua que lhe é reservada constitucionalmente – de guarda da Lei Fundamental – e da qual não deve e não pode despedir-se. Tudo recomenda que, em jogo matéria de extrema relevância, haja o imediato crivo do Supremo, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.



Nesse sentido, importante destacar a notícia recentemente veiculada no endereço eletrônico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos sobre o modo como vem agindo para amedrontar e afugentar as demais empresas que atuam no setor:

Com mão forte, a ECT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) retomou a ofensiva cujo objetivo é aniquilar as pequenas empresas de *courier*, que pouco a pouco tomam o mercado nacional de encomendas expressas e, segundo os Correios, o de cartas. Os expedientes empenhados: apoio da PF (Polícia Federal) para várias *blitzes* nas empresas em pontos do país e ações em Tribunais Federais nas regiões com o pedido de fechamento imediato das empresas. A ação não poupa nem as firmas que contratam os serviços como companhia de água, de luz ou mesmo os bancos. A Febraban (Federação Brasileira dos Bancos) não comenta o assunto, mas existem informações que (*sic*) a entidade está preocupada com o tema<sup>1</sup>.

É de ressaltar, ainda, que os preceitos tidos por violados são essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil, como a livre iniciativa – comando este previsto no art. 1º, IV, inserto no Título I da Constituição Federal, denominado “Dos Princípios Fundamentais”, também a liberdade no exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII), a livre concorrência (art. 170, cabeça e IV) e o livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único).

Atendendo a petição inicial aos requisitos que lhe são inerentes – art. 3º da Lei 9.882/1999 –, cabe adentrar o tema de fundo.

Interpretar significa apreender o conteúdo das palavras, não de modo a ignorar o passado, mas de maneira a que este sirva para uma projeção melhor do futuro. Como objeto cultural, a compreensão do direito se faz a partir das pré-compreensões dos intérpretes. Esse foi um dos mais importantes avanços da hermenêutica moderna: a percepção de que qualquer tentativa de distinguir o sujeito do objeto da interpretação é falsa e não corresponde à verdade. A partir da ideia do “Círculo Hermenêutico” de Hans Gadamer<sup>2</sup>, evidenciou-se a função coautora do hermeneuta: na medida em que este compreende, interpreta as normas de acordo com a própria realidade e as recria, em um processo que depende sobremaneira dos valores envolvidos.

Nesse sentido, o jusfilósofo Richard Palmer<sup>3</sup> assevera que a tarefa da interpretação é a de construir uma ponte sobre a distância histórica a separar o sujeito do objeto da interpretação. Assim, quando o intérprete analisa um texto do passado, não deve esvaziar a sua memória, nem abandonar o presente, mas levá-los consigo e utilizá-los para compreender e projetar um futuro.

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.correios.com.br/servicos/mostra\\_noticias.cfm?Noticia\\_codigo=11373&TipoNot\\_codigo=1](http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1)>. Acesso em 9 maio 2005.

<sup>2</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 400 et seq.

<sup>3</sup> PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Coleção O Saber da Filosofia. Lisboa: Edições 70, 1997. p. 252.

Nessa linha de entendimento é que se torna necessário salientar que a missão do Supremo, a quem compete, repita-se, a guarda da Constituição, é precipuamente a de zelar pela interpretação que se conceda à Carta a maior eficácia possível, diante da realidade circundante. Dessa forma, urge o resgate da interpretação constitucional, para que se evolua de uma interpretação retrospectiva e alheia às transformações sociais, passando-se a realizar interpretação que aproveite o passado, não para repeti-lo, mas para captar de sua essência lições para a posteridade. O horizonte histórico deve servir como fase na realização da compreensão do intérprete, mas não pode levar à autoalienação de uma consciência, funcionando como escusa à análise do presente.

A razão para tal alerta é simples. Cabe a esta Corte, ao realizar a atividade definidora das normas que estão no texto constitucional, harmonizar o conteúdo do art. 21, X - "Compete à União: manter o serviço postal e o correio aéreo nacional" -, com os demais valores constitucionalmente protegidos - livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício de qualquer trabalho e livre exercício de qualquer atividade econômica -, de maneira a garantir a força normativa da Constituição, o que, nos dizeres de Canotilho, significa "dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo a sua eficácia e permanência"<sup>4</sup>.

Com isso, quero dizer que a atuação da Corte não pode ser mecânica e apenas repetitiva das interpretações que até puderam ter feito sentido em um passado remoto, mas que não mais se coadunam com a realidade. Ao sobrelevar a importância da força normativa do Diploma Básico, friso a necessidade de este Tribunal concretizar e realizar os preceitos constitucionais de forma ótima, o que se traduz na observância do processo dialético e ininterrupto de condicionamento entre a norma e a realidade. A indiferença quanto ao cumprimento desses princípios hermenêuticos pode ocasionar um recorte drástico e indesejado, considerados o dispositivo constitucional e a realidade, configurando-se o que Pablo Lucas Verdú convencionou chamar de "mutação constitucional"<sup>5</sup>, hipótese em que a Carta Federal fica obsoleta, fragilizada, caduca. Cabe ao intérprete, no caso, proceder a uma interpretação evolutiva, reconhecendo que essas "mutações constitucionais silenciosas" funcionam, na verdade, como atos legítimos de interpretação constitucional<sup>6</sup>.

Nesse contexto, qual o significado do teor do inciso X do art. 21? Será que o sentido da expressão "manter o serviço postal" é hoje o mesmo de duzentos anos atrás, quando, pelo Alvará de 20 de Janeiro de 1798, instituiu-se que competia aos poderes públicos o processo de organização postal dos Correios Terrestres? Será que se está condenado a ficar permanentemente atrelado ao passado, ignorando que o sentido das normas também é condicionado pela evolução da vida, da vida em sociedade? A resposta é desenganadamente negativa, revelando-se um sonoro "não".

<sup>4</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1151.

<sup>5</sup>VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1984. v. 4, p. 179 e 180.

<sup>6</sup>Nesse sentido, HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Tradução e prefácio de P. Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 81 et seq.



A menção ao serviço postal foi inserida no corpo constitucional a partir da primeira Constituição Republicana – art. 34, 15. À exceção desta Carta, quando o texto referia-se apenas à competência legislativa no que tange aos Correios, a partir da Constituição Federal de 1934 – art. 5º, VII –, fixou-se o entendimento de que cabia privativamente à União manter o serviço postal, o que veio sendo repetido em cada uma das Constituições que se seguiram – na de 1937, no art. 15, VI; na de 1946, no art. 5º, XI; na de 1967, no art. 8º, XI, na Emenda Constitucional 1, de 1969, no art. 8º, XII, e na Lei Fundamental em vigor, no art. 21, X, sendo que apenas a Carta de 1937 contemplou, tal como a anterior, a exclusividade. Se a proposição normativa – qual seja, o invólucro no qual se situa a norma – não evoluiu com o passar do tempo, de modo que incansavelmente dispôs o texto constitucional competir à União manter os serviços postais, a mesma coisa não é dado afirmar relativamente ao alcance do verbo “manter”. Se no plano constitucional, à época da Primeira República, ainda no século XIX, entendia-se que somente o poder público poderia desincumbir-se da missão de entregar correspondências, a mesma interpretação não pode mais ser implementada nos dias atuais, sem que seja tida como destoante dos novos e benfazejos ditames constitucionais, da realidade fática e normativa.

Com efeito, as mesmas mudanças ocorridas no contexto social também nos ajudam a dirimir alguns dogmas jurídicos, e, com isso, evoluirmos, no sentido de demonstrar que a distinção entre o que vem a configurar atividade econômica e o que é considerado serviço público não reside em uma intrínseca e imutável natureza das coisas. Trata-se de uma diferenciação historicamente determinada.

Se em certa sociedade o Estado prega o dirigismo econômico, mais e mais atividades serão realizadas sob as mãos do Estado e alçadas à condição de serviço público. Ao contrário, se exorta a livre iniciativa e a liberdade econômica, a regra é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o poder público apenas de maneira subsidiária, quando imprescindível por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – art. 173 da Constituição Federal em vigor.

A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e risco próprios, bem como o direito de fazer cessar tal atividade. Os agentes econômicos devem ser livres para produzir e para colocar os produtos no mercado, o que também implica o respeito ao princípio da livre concorrência. Eis uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.

A maturidade dos debates econômicos atuais, ao defender-se a observância da livre iniciativa, já não mais revela a retomada da política econômica do liberalismo clássico – quando houve uma nítida dissociação entre a atividade política e a atividade econômica. Adam Smith, representante típico do liberalismo econômico, afirmava que ao Estado incumbia apenas três deveres: proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades, estabelecer uma adequada administração da Justiça e erigir e manter certas

obras e instituições públicas que nunca seriam do interesse de qualquer indivíduo (ou de um pequeno número), porque o lucro não reembolsaria as despesas. Quanto menor a presença do Estado dentro de uma sociedade, maior seria a liberdade dos indivíduos, de modo que a essência estatal resumia-se a uma missão de inteiro alheamento e de ausência de iniciativa social.

As imperfeições do regime liberal clássico não tardaram a aparecer. É que o funcionamento deste pressupunha uma certa igualdade, a competição equilibrada entre os agentes. Como tais pressupostos nunca foram alcançados, houve a crise do liberalismo, caracterizada por sucessivas depressões econômicas, desequilíbrios internacionais e acirramento das desigualdades sociais. A esse modelo contrapôs-se o Estado Social, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, um Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação, segurança pública –, levando o indivíduo a sentir-se sufocado e cativo nas mãos do Estado-pai e, ao mesmo tempo, achar-se no direito de eternamente ficar clamando do Estado a resposta a todo e qualquer anseio.

A partir desse descrédito no potencial empresário do Estado como forma de atingir eficazmente o progresso e a transformação social, os papéis que dantes lhe foram destinados passaram por uma redistribuição, no intuito de reduzir o tamanho da máquina burocrática, devolvendo-se à iniciativa particular as atividades que estavam sendo prestadas. O pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel de protagonista na sociedade.

No Brasil, a situação não foi diferente: vivenciamos um momento de reforma no Estado, impulsionado por inúmeros fatores, como a economia globalizada – o Estado enfraquecido em relação ao poder indutor –, a exaustão financeira, a ausência de condições para o desenvolvimento de atividades econômicas, a conveniência de se ter a desestatização de empresas. O Estado brasileiro encontrava-se incapaz de prestar zelosa e eficientemente os serviços públicos e desenvolver as atividades econômicas. Fez-se e faz-se ainda necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo poder público à iniciativa privada.

Sim, o programa de reforma do Estado brasileiro decorreu da incapacidade de o setor público prosseguir como principal agente financiador do desenvolvimento econômico. A transferência das funções de utilidade pública do setor público para o privado, com os fenômenos da publicização (o chamado setor público não estatal) e da privatização, resultou, para o Estado, em poderes crescentes de regulamentação, de fiscalização e de planejamento da atividade econômica.



A retirada do Estado da prestação direta de tais atividades não significou uma redução do intervencionismo. Ao contrário, fez com que o poder público ficasse mais atento ao cumprimento da missão fiscalizatória, por meio de entes desprovidos de subordinação, com autonomia perante as ingerências políticas, com funções técnicas delimitadas, para que a prestação de serviços essenciais à população não ficasse submetida apenas à decisão das empresas privadas, mas fosse realizada de acordo com o cumprimento de regras previamente delimitadas pelo poder público. Tal função é desenvolvida, hodiernamente, pelos diversos órgãos reguladores, pela Secretaria de Defesa Econômica (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Vale frisar que, no Brasil, a intervenção direta do Estado na economia, seja por absorção – hipótese de monopólio estatal –, seja por participação direta na atividade econômica – concorrência de empresas estatais com empresas privadas –, verificou-se em um momento em que não havia empresas com capacidade financeira, nem infraestrutura suficiente, para promover o desenvolvimento de tais atividades. Como exemplo, é dado destacar as chamadas indústrias de base – mineração e siderurgia –, que durante muito tempo foram consideradas monopólios naturais, uma vez que os altos custos de elaboração dos bens, decrescentes à medida que a produção aumentava, somente compensariam a instalação se uma única empresa atuasse no setor. A exigência da produção em larga escala não comportava concorrência, à época da implementação, haja vista que o mercado absorveria apenas a oferta de uma única empresa neste nível de produção. O desenvolvimento dessas atividades por monopólios estatais foi a solução apontada para lidar com essa estrutura de mercado.

Desse modo, foram criadas a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, para atuar no setor de ferro e de aço, e a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), em 1942, para atuar no setor de mineração. Em passo seguinte, surgiram a Eletrobras, a Telebras e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mas, mesmo em tais setores, o Estado se mostrou incapaz não só de realizar os investimentos necessários à melhoria dos serviços, como também de gerenciá-los sob a forma empresarial<sup>7</sup>.

Posteriormente, o aumento da demanda permitiu a acomodação de mais empresas produzindo numa escala viável, o que possibilitou o surgimento da concorrência. Além disso, o incremento na tecnologia adotada na produção desses bens, diminuindo os custos fixos e a proporção destes no custo total, modificou a definição dos setores de infraestrutura como monopólios naturais.

Se a forma mais comumente associada à regulação de monopólios naturais havia sido a nacionalização das empresas atuantes no setor, fez-se necessário organizar a transição da outrora prestação pública para a hodierna atividade privada, e ao Estado coube então exercer o papel regulatório, para que não houvesse distorções no desenvolvimento da atividade. Essa transferência da prestação pública para a particular pôde ser sentida nos setores de

<sup>7</sup> Em 1953, surgiu a Petrobras, mas as razões que motivaram a participação do Estado como ente detentor e executor do monopólio permanecem até hoje: questões de segurança e de soberania nacional. Por tal motivo, a Petrobras não é mencionada como exemplo de intervenção para garantir o desenvolvimento de setores de infraestrutura.

siderurgia, de mineração, de telecomunicações e de energia elétrica, restando ainda os serviços postais, objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Esta é a questão apresentada: o monopólio da atividade postal, instituído por força de lei, quando a Constituição Federal expressamente admitia tal possibilidade – na Constituição de 1967, por meio do art. 157, § 8º, e na Emenda Constitucional 1, de 1969, mediante o art. 163 –, foi recepcionado pela Carta de 1988? Em outras palavras, as razões que determinaram a instituição do monopólio do serviço postal permanecem vigentes? Pode a Corte olvidar as transformações sociais e tecnológicas que ocorreram no País nesse meio século e entender que o significado do verbo “manter”, núcleo do inciso X do art. 21, é o mesmo de dois séculos atrás?

O serviço postal, durante muito tempo, foi executado pela União – e não somente mantido – porque simplesmente não havia no País empresas com capacidade operacional e técnica suficientes para poder desenvolver, com presteza e agilidade, a entrega de correspondências por todo o território nacional. As dimensões continentais brasileiras, atreladas aos incipientes investimentos nos transportes – aéreo, terrestre, ferroviário –, forçaram o surgimento de um monopólio inevitável. As precárias condições vigentes à época não admitiam o ingresso de empresas privadas.

Todavia, a partir da década de oitenta, surge no Brasil a tendência de o Estado se retirar da prestação direta de atividades econômicas, ora devido ao fato de que isso impunha uma descarada desigualdade em comparação com as empresas privadas, ora porque a submissão ao regime de direito público simplesmente não se coaduna com o dinamismo e a necessidade de inovação tecnológica que se fazem presentes na atividade empresarial, ora porque essa modalidade de intervenção já não mais se fazia necessária. Algumas das razões a justificar a diminuição do Estado podem ser extraídas das lições do professor italiano Giampaolo Rossi<sup>8</sup>:

a) mudanças no sistema de produção, com a desvalorização do setor primário, principalmente da agropecuária, e valorização de emergentes setores técnicos-especializados; b) aceleração e desenvolvimento tecnológicos dos meios de comunicação, o que acarretou o fim de alguns monopólios naturais até então inevitáveis; c) a globalização da economia que, potencializada pela evolução da informática, mitigou bastante os empecilhos econômicos e materiais para as trocas internacionais e inter-regionais; d) mudanças na sociedade pluriclasse, com os sujeitos deixando de se organizar preponderantemente pela posição que ocupam na cadeia produtiva (capital – trabalho), ocupação por sinal crescentemente instável e cambiante, para reunirem-se em grupos sociais de variados substratos (idade, lazer, religião, formação cultural, etnia, etc); e) erosão do conceito clássico de soberania do Estado, que vem perdendo espaço, tanto

<sup>8</sup> ROSSI, Giampaolo. *Pubblico e privato nell'economia di fini secolo*. In: *Le trasformazioni Del diritto amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1995. p. 230 a 242.



montante, para entidades internacionais (ONU, OMC, EU etc) e poderosas organizações econômicas transnacionais, como a jusante, para organizações sociais locais e setoriais, o que tem causado sensível alteração na teoria das fontes do direito (fontes emergentes, de caráter internacional, privado, corporativo, comunitário, técnico, deontológico etc); e, por esses motivos, f) a diminuição da importância da política estatal *stricto sensu*.

As sucessivas emendas demonstraram a necessidade de se rever o papel que a Constituição de 1988, em seu texto primitivo, reservava ao Estado. A progressiva retirada deste da prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas – Emendas Constitucionais 6/1995, 8/1995 e 9/1995 –, aliada à drástica redução da participação direta do Estado na atividade econômica a partir do Plano Nacional de Desestatização, fez surgir a correlata necessidade de monitoramento constante dessas atividades, visando a evitar práticas abusivas por parte das empresas privadas, condutas anticoncorrenciais ou concentração empresarial, além de procurar garantir a qualidade, a universalidade e a continuidade do serviço para os destinatários finais, proteger o consumidor contra a ineficiência, o domínio do mercado, a concentração econômica, a concorrência desleal e o aumento arbitrário dos lucros. Nesses termos, salienta Juan Carlos Cassagne<sup>9</sup>:

O fenômeno da privatização, ao abarcar a transferência ao setor privado da gestão dos serviços públicos, que antes eram prestados por empresas estatais, trouxe a correlata necessidade de regular essas atividades para proteger devidamente os interesses da comunidade. No campo do Direito Administrativo, não é comum que o Estado regule suas próprias entidades e articule controle na proteção dos usuários, e dificilmente o Estado exige de suas empresas que os serviços públicos por elas prestados sejam disponibilizados com a maior eficiência possível.

A ingerência estatal termina por ser mais forte e mais eficaz quando não é o próprio Estado quem presta diretamente o serviço. A influência sobre a gestão privada, em se tratando de eficiência, tornou-se maior após as privatizações do que quando o poder público prestava diretamente, ou por intermédio de empresas estatais, os serviços públicos, de forma que, hoje, melhores resultados são alcançados.

A regulação, à época do intervencionismo direto, era precária e casuística, fenômeno que pode ser analisado também em outros países que, tais como o Brasil, utilizaram-se de empresas estatais para o desenvolvimento de setores tidos por estratégicos. O professor da Universidade Complutense de Madri, Alberto Alonso Ureba<sup>10</sup>, em tese publicada sobre as empresas públicas,

<sup>9</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994. p. 150.

<sup>10</sup> UREBA, Alberto Alonso. *La empresa pública*. Aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985. p. 424 et seq.

destaca que, apesar dessas entidades disporem de diversos privilégios não extensíveis ao setor privado, como situações de monopólio, linhas especiais de crédito, subvenções, dotações orçamentárias, atribuições patrimoniais, isenções fiscais, entre outros, os resultados que oferecem para a sociedade são manifestamente negativos, como escassa produtividade, altos índices de prejuízos e de endividamentos, custos vultosos com pessoal, ao passo em que não há o correspondente volume de investimentos necessários em tecnologia, acarretando a perda de competitividade internacional.

Embora se encaixem com maestria à vida das nossas empresas públicas, tais características não são exclusivamente brasileiras. Ao contrário, são comumente encontradas em diversos países que adotaram essa modalidade de ente estatal, como Alemanha, França, Reino Unido, Itália, Chile, Argentina e Espanha. Os pífios resultados foram produzidos tanto nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos como nas que atuavam na atividade econômica, sem que houvesse uma justificativa razoável para a permanência de tais empresas no mercado.

Gravíssimas são as consequências de um setor público ineficaz para o conjunto do sistema econômico: constante pressão orçamentária e fiscal, represando grande parte dos recursos públicos, aumento extorsivo da carga tributária, para financiar a manutenção do modelo estatal inoperante, descrédito internacional, hiperinflação, incapacidade de promover uma poupança pública apta a financiar políticas urgentes, redução das taxas de crescimento e estagnação da renda dos habitantes.

Estudos realizados em diferentes países que adotaram tal modelo demonstram que a principal causa de ineficiência das empresas estatais é o excesso de intervenção política na gestão empresarial, o que resulta em uma desprofissionalização e atecnicidade dos dirigentes, bem como a consequente dependência dos órgãos de gestão e de administração a jogatinas político-partidárias. Conforme ressalta o professor Ureba<sup>11</sup>:

O controle político não se limitou à fixação dos grandes objetivos sociais, políticos e econômicos, através de diretrizes básicas ou gerais compatíveis com uma independência na gestão ordinária que permita uma atuação eficaz com base em critérios comerciais e, em conformidade com isso, uma exigência de responsabilidade quando fosse o caso, senão que se chegou a uma interferência total das instâncias políticas que não se traduz naquelas diretrizes básicas, nem no controle por nomeação e remoção direta e livre de diretores e conselheiros, mas que se estende inclusive à gestão ordinária (salários, tarifas, inversões, financiamento, comercialização, produção), dando lugar a uma confusão dos poderes e das responsabilidades, o que se agrava ainda mais com as mudanças produzidas pela alternância política.

<sup>11</sup> UREBA, Alberto Alonso. Op. cit., p. 451 e 452.



Trata-se, sem sombra de dúvidas, da adoção do funesto modelo do *Spoil System*, prática tão comum na administração pública brasileira e que consiste em exonerar todos os funcionários que haviam sido nomeados para cargos de confiança na gestão política anterior, pouco importando a presteza com que desempenhavam seus misteres e a importância que representavam à preservação da memória da instituição. É a adoção do critério do apadrinhamento, em detrimento de uma administração pública imparcial e despersonalizada, ignorando-se a técnica, a experiência e a especialização acumuladas.

Ora, se essa crítica pode ser feita em relação a países nos quais bem cedo foram estipulados os limites entre a esfera pública e a privada, o que se dirá em relação ao Brasil, de origens patrimonialistas e no qual ainda se podem sentir os efeitos perversos das distorções causadas por séculos de apropriação indevida do público pelo privado - nepotismo, corrupção, clientelismo, corporativismo, fisiologismo?

Vale sublinhar, no caso concreto, o fato de a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ocupar um não orgulhoso lugar de destaque na máquina administrativa do Governo. A presidência da estatal é disputadíssima, uma vez que assegura ao detentor a possibilidade de preencher mais de 120 cargos no alto escalão, entre diretores e coordenadores regionais, além do poder de administrar uma receita anual de aproximadamente R\$ 7,6 bilhões<sup>12</sup> e um mercado que movimenta cerca de R\$ 8 bilhões<sup>13</sup>, em dados relativos ao ano de 2004. Não é preciso ressaltar a natureza política das nomeações para tais cargos, a beneficiar os amigos dos que têm poder.

Dados financeiros de 2003, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, mostram como a gestão do dinheiro público, na maior parte das vezes, não acontece com a acuidade e a presteza que acometem o administrador de recursos próprios. Observa-se que a receita operacional da empresa é inferior, em quase meio bilhão de reais, aos gastos efetuados<sup>14</sup>, e que esta diferença assume posição crescente, ao correr dos anos. A estatal só não opera no vermelho por conta de aplicações financeiras que realiza com os valores percebidos e que lhe garante uma sobrevida para operar nos anos seguintes.

Diversas são as críticas realizadas à gestão financeira da empresa, especialmente quanto aos gastos efetuados com a contratação de aeronaves para proceder à distribuição da correspondência. Espantosamente, agindo na contramão das empresas internacionais que atuam no mesmo setor, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos não possui sequer um avião em sua frota de veículos, apesar de precisar de mais de 35 aeronaves diariamente - necessidade suprida por meio de fretamentos com as mais variadas companhias aéreas - para atender à demanda na entrega postal<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Disponível em: [http://www.correios.com.br/servicos/mostra\\_noticias.cfm?Noticia\\_codigo=11373&TipoNot\\_codigo=1](http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1). Acesso em 9 maio 2005.

<sup>13</sup> Disponível em: [http://www.correios.com.br/servicos/mostra\\_noticias.cfm?Noticia\\_codigo=11373&TipoNot\\_codigo=1](http://www.correios.com.br/servicos/mostra_noticias.cfm?Noticia_codigo=11373&TipoNot_codigo=1). Acesso em 9 maio 2005.

<sup>14</sup> Os dados financeiros de 2003 são os seguintes: Receita Operacional: 5.870.229 bilhões. Despesa Total: 6.207.526 bilhões. Receita Total (com aplicações financeiras): 6.495.736 bilhões. Disponível em: [http://www.correios.com.br/institucional/conheca\\_correios/dados\\_financeiros\\_2003.cfm](http://www.correios.com.br/institucional/conheca_correios/dados_financeiros_2003.cfm). Acesso em 9 maio 2005.

<sup>15</sup> Dados obtidos em audiência pública realizada em 25 de novembro de 1999, número 1314/1999,

Observa-se, portanto, que, muitas vezes, a intervenção direta praticada pelo Estado está mais perto dos interesses secundários do que dos primários, verdadeiramente públicos, para aludir à clássica distinção feita por Renato Alessi. Preservam-se os interesses do ente estatal incumbido da prestação da atividade em vez de proteger os usuários, destinatários finais, obedecidos os princípios da celeridade, da economicidade e da eficiência.

A comprovada ineficácia com que a atividade econômica era prestada pelo Estado terminou por acelerar a progressiva retirada do Estado da prestação das atividades econômicas. De toda sorte, a referida retração estatal não pode ser analisada fora da conjuntura de reformas que permeia a atual administração pública brasileira. Novos modelos vêm sendo implementados, novas figuras jurídicas vêm sendo criadas, como a regulamentação dos contratos de concessão e de permissão, os contratos de gestão, os órgãos reguladores, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil sem fins lucrativos (OSCIP), as agências executivas, as parcerias público-privadas, tudo isso a partir da premissa de que a preservação do interesse público nem sempre é sinônimo de atuação estatal. Ao reverso, o que a experiência vem demonstrando é que em muitos casos mais se atende ao interesse social quando o Estado se retira da prestação direta e passa a atuar de outra maneira, como ente capaz de regular, fiscalizar e impor sanções, de acordo com os ditames do art. 174 da Carta Política, e liberta a atividade econômica para seus verdadeiros titulares: a iniciativa privada.

Nesse teor, bem advertiu o professor da Faculdade de Lisboa Marcello Caetano<sup>16</sup>, ao afirmar que, em uma sociedade com economia de mercado, somente se justificaria a assunção, pelo Estado, de serviços públicos de natureza econômica – com a correlata exclusão da iniciativa privada – se esta tivesse se revelado insuficiente ou deficiente, ou ainda se, para o interesse público, houvesse se mostrado deveras perigosa a insegurança na competição entre as empresas ou a oscilação dos preços, o que simplesmente não é o caso no contexto postal brasileiro.

Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no direito administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei 6.538/1978, especialmente o texto do art. 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.

Evidenciada a não recepção do monopólio do serviço postal pela Carta Política, cumpre analisar, ainda, o enquadramento do referido serviço nas áreas de atuação estatal. Uma das classificações da teoria do serviço público procura examiná-lo em relação aos destinatários finais. Quando se observa que determinada prestação beneficia a todos, coletivamente, tem-se que esta é uma atividade de interesse público, em sentido lato. Tradicionalmente, vinculava-se a ideia de serviço público à satisfação de necessidades coletivas pelo Estado. Todavia, nem sempre essa definição corresponde à melhor forma de atender à vontade geral.

na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática na Câmara dos Deputados sobre o Projeto de Lei 1.491/1999, tendo como convidado Egidio Bianchi, então presidente da estatal.

<sup>16</sup> CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Amedina, 1994. v. II, p. (...).



É preciso destacar que não se pode ter tamanho apego à forma, ou melhor, não se deve desenvolver o fetichismo exegético de dar mais importância ao conceito do que à essência da atividade desempenhada. Em vez de adotar parâmetros estanques e bitolados, como, por exemplo, o fato de serviço público necessariamente significar prestação estatal, deve-se ter o cuidado de analisar a essência da atividade que está sendo desenvolvida, para, somente a partir desse ponto, classificá-la como sujeita ao regime de direito público ou de direito privado.

Desse modo, no contexto de reestruturação do Estado, pode-se esboçar o seguinte esquema de delimitação das áreas de atuação estatal:

a) Núcleo de atividade estratégica – corresponde às funções indelegáveis do Estado, compreendendo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o Ministério Público, a Presidência da República, e demais órgãos – de direção, de execução e consultivos – integrantes das pessoas estatais, responsáveis pelo planejamento e pela formulação das políticas públicas;

b) Atividades próprias, típicas e exclusivas de Estado – são os serviços em que se exerce o poder extroverso do Estado – regulamentar, fiscalizar, fomentar. Determinadas atividades, tais como diplomacia, polícia judiciária, arrecadação e fiscalização de tributos, atividade de procuradoria fazendária, regulação de setores de infraestrutura, entre outras, fazem parte do rol das funções tipicamente estatais, não podendo ser privatizadas nem desempenhadas por terceiros, ante razões de segurança e de soberania nacional;

c) Terceiro setor (serviços não exclusivos) – trata-se do chamado setor “público não estatal”, como a área de saúde, telecomunicações, educação. A reforma que vem sendo implementada no Estado prevê a paulatina transferência da prestação de alguns destes serviços, que deixam de ser realizados pelo poder público e passam a ser executados por entes em colaboração, como as organizações sociais, que pactuam contratos de gestão com a administração pública (Lei 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse público, que celebram termos de parceria com o ente estatal (Lei 9.790/1999);

d) Quarto setor (produção para o mercado) – é a área de produção e circulação de bens e serviços, atividades de cunho econômico, de que o Estado era titular por conta da Constituição Federal. A reforma no aparelho estatal possibilitou a transferência da titularidade de empresas públicas, passando-as para a iniciativa privada, pelo Programa Nacional de Desestatização.

No caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção

estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

É preciso destacar que a defesa de privilégios corporativistas não pode ser mascarada sob o rótulo de nacionalismo. Tal observação faço, inclusive, para afastar qualquer tipo de interpretação que gere mal-entendidos: na ADI 3.273-9/DF, ao proferir voto-vista, entendi que o monopólio do petróleo não se coaduna com a transferência de propriedade do bem e que, no caso, era necessária a intervenção direta do Estado na economia, ante razões óbvias, creio eu, para fazer predominar o interesse público, em jogo a soberania nacional. O Tribunal concluiu não haver o monopólio, ficando mitigado o alcance do vocábulo constante do art. 177 da Constituição Federal. Então, qual será o enfoque ante o fato de o art. 21 não prever, ao contrário das Constituições de 1934 e de 1937, o exercício privativo da atividade na qual hoje prevalece o conteúdo econômico e referir-se apenas à manutenção? O que significa, no contexto social do momento, o verbo “manter”, inserido no inciso X do art. 21?

A leitura da Constituição revela que o legislador constituinte, quando quis remeter à necessidade de prestação direta da atividade pelo Estado, consignou-a expressamente, utilizando-se, para tanto, de construções como “explorar, diretamente ou mediante concessão”, para o caso das telecomunicações, considerado o texto original do inciso XI do art. 21; ou “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”, para os casos de radiodifusão sonora, de sons e de imagens (art. 21, XII, *a*); para os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (art. 21, XII, *b*); para a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, *c*); para os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, XII, *d*); para os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, *e*) e, ainda, quanto aos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, *f*).

A Constituição Federal é exaustiva, também, no tocante à instituição do monopólio da atividade econômica – arts. 21, XXIII, e 177 da Carta, a saber:

Art. 21. Compete à União:

(...)

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

Art. 177. Constituem *monopólio* da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;



III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

Somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo “manter”, a compeli-la a União a assumir os ônus relativos aos serviços postais, significa na verdade “prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado”. A prevalecer esse entendimento, é dado imaginar uma interpretação extensiva, no sentido de dizer que, onde na Constituição se lê “manter”, leia-se “monopólio”, o que é absolutamente risível. No caso e ante as peculiaridades envolvidas, “manter”, na verdade, significa um conjunto de serviços que devam ser garantidos necessariamente pela União, o que abrangeria, inclusive, eventual exigência de prestá-los diretamente, quando não houver interesse econômico suficiente à implementação da atividade em determinados pontos do território nacional. Funciona como espécie de aval que a União concede aos cidadãos, obedecidos os princípios de continuidade e de universalidade dos serviços.

Não há qualquer menção, no texto constitucional de 1988, ao monopólio na prestação dos serviços postais. Quando a lei foi editada, em 1978, atendia-se à previsão inserida na Constituição de 1967 e repetida na Emenda Constitucional 1, de 1969, no sentido de que a legislação infraconstitucional poderia fixar monopólios. É que, naquela época, a atuação estatal na economia não se fazia de forma subsidiária. As empresas públicas e as sociedades de economia mista surgiram no direito brasileiro justamente sob os auspícios da Constituição pretérita, na década de sessenta, e serviram para intervir em esferas que se mostravam nitidamente econômicas.

É preciso ressaltar que a reconstrução do papel do Estado brasileiro envolve a superação de falsos dilemas, como o que levava a optar necessariamente pelo maniqueísmo entre serviço público e atividade econômica, como se uma atividade não pudesse correlacionar, ao mesmo tempo, os dois conceitos. Cumpre dissipar a ilusão de que os direitos fundamentais somente são observados se houver a preservação do Estado interventor. O Estado deve atuar, sim, mas de maneira subsidiária, de forma a assegurar boas condições para o crescimento da economia e o melhor desenvolvimento das capacidades de cada indivíduo, garantindo igualdade de oportunidades e viabilizando os deveres de continuidade, de universalidade e de eficiência na obtenção dos serviços públicos.

Abandonemos o conceito de Estado burocrático, formalista, exageradamente apegado aos meios, extremamente rígido, instituído no Brasil na década de trinta para fazer oposição ao Estado patrimonialista e que atendeu à proposta de dominação racional-legal idealizada por Max Weber. Adotemos o modelo de Estado gerencial, em vigor nos países escandinavos, na Inglaterra, na Austrália, como aquele que busca resultados, concede autonomia aos agentes, descentraliza os poderes, muito mais do que a mera observância de regras. Nesse sentido, atender ao princípio da subsidiariedade significa dizer que o que possa ser realizado de maneira satisfatória pelas empresas privadas não deve ser assumido pelo Estado. A eficiência do poder público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas.

Nessa toada, a atuação do Estado na atividade econômica deverá ocorrer apenas quando esta se mostrar falha, ou insuficiente, de modo que o poder público aja de maneira a corrigir as imperfeições que o mercado sozinho não for capaz de digerir. Quando o cumprimento pela livre iniciativa se mostrar imperfeito, como, por exemplo, quando não atender às necessidades de universalização do serviço, deverá o Estado intervir, para garantir-lhe a manutenção de forma adequada a todos os cidadãos. Nesse sentido, valiosas são as lições extraídas de obra do professor Juan Carlos Cassagne<sup>17</sup>:

A instituição dos monopólios em matéria dos chamados serviços públicos, industriais ou comerciais, contradiz abertamente o princípio da subsidiariedade, que legitima a gestão [estatal] e, ao mesmo tempo, desemboca em um sistema de alto custo social, já que as formas monopolísticas de prestação desses serviços públicos geram uma ineficiência natural que chega a resistir até às mudanças tecnológicas, à racionalização do serviço e à seleção de pessoal.

Na maioria esmagadora das situações, a razão que motivou o Estado brasileiro a intervir diretamente na economia não foi ideológica, mas prática, à exceção dos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. É chegada a hora de reconhecer a crise do modelo adotado, porquanto a implicar intervenção desnecessária em uma área que consegue perfeitamente sustentar-se a partir da iniciativa privada, resultando, ainda, na submissão de um setor da economia à dispensável subordinação a fatores políticos.

Ao reconhecer que a atividade econômica não é própria do Estado, torna-se de menor importância o interminável e insolúvel debate que permeia a exata definição do que vem a ser precisamente o serviço postal – se se trata de serviço público ou de atividade econômica no sentido estrito. Essa discussão envolve conotações de sectarismo ideológico que descamba para a retórica e para o jogo de palavras e conceitos, o que simplesmente não é necessário para resolver o problema versado nesta arguição.

<sup>17</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 35.



É preciso avançar e superar esse dilema que, na essência, apresenta-se falso, haja vista a possibilidade de conviverem diferentes regimes de realização da atividade: a prestação subordinada ao regime público, sujeita à observância dos princípios de universalidade e de continuidade do serviço, em termos fixados em contratos de concessão ou permissão, com as garantias que lhe são peculiares, e a prestação subordinada ao regime privado, observando-se os princípios de liberdade de iniciativa e de concorrência, podendo ser submetida a um regime de autorização por parte do poder público, a depender do tipo de atividade desempenhada.

A maneira como o serviço postal será prestado para a sociedade é, de fato, uma escolha política, cuja opção não compete ao Judiciário fazer: pode ser entendido como um serviço público não exclusivo, de modo que os particulares sejam chamados para atuar em colaboração com o Estado; pode ser tido como atividade econômica em sentido estrito, de tal forma que a atuação privada seja regulada apenas pelas leis do mercado; pode ser considerada a dualidade de regimes, com prestação tanto no regime público – hipótese em que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos atuaria com a observância dos deveres de continuidade e universalidade do serviço –, como no regime privado – quando empresas privadas operariam no mercado sujeitas à autorização por parte do poder público.

Todavia, independentemente do modelo a ser escolhido, o que não se pode conceber, porque não há qualquer dispositivo constitucional que assim o permita, é a convivência da liberdade de iniciativa como princípio fundamental da República Federativa brasileira e o vetusto e ultrapassado monopólio, há muito instituído, por meio de lei anterior à Carta de 1988 e que não mais atende ao interesse público, cuja sobrevivência decorreu, ao longo desses anos, de pressões político-partidárias, fazendo gerar inúmeros conflitos de interesse.

A possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei 9.472, de 1997, quando se consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público com o privado. E, para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço público e atividade econômica é que o constituinte derivado houve por bem retirar o adjetivo “público”, que qualificava o serviço de telecomunicações, isso quando da Emenda Constitucional 8, de 1995. Desse modo, o texto atual remete ao “serviço de telecomunicações” quando versa sobre a competência da União para explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, e não mais ao “serviço público de telecomunicações”.

Quando se permite a livre atuação das empresas privadas, admite-se que estas estarão sujeitas a duplo controle: além da regulação ínsita a cada categoria, determinada pelo poder público, deverão ainda passar pelo crivo do exigente consumidor, cidadão-cliente, que, atento ao valor do próprio salário, procura a melhor resposta à equação custo/benefício, o que o monopólio, ao estabelecer a exclusiva prestação da atividade, não consegue responder, uma vez que obriga os consumidores a aceitar passivamente o preço que lhes é imposto. Não raras são as hipóteses em que o preço ofertado pelos Correios para custear certa entrega chega a ser nove vezes superior ao preço realizado pelas demais empresas que operam no mercado, como, por exemplo, acontece no setor de distribuição de gás canalizado<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Informação colhida de memorial entregue pela Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras

A justificativa da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos para a diferença de preços praticados no setor postal baseia-se no princípio da universalização dos serviços. Dessa forma, argumenta que, para atender ao princípio do serviço universal, conjugado com a modicidade das tarifas, faz-se necessário superfaturar o preço da entrega da correspondência, quando o remetente e o destinatário se localizarem na mesma capital, ou, ainda, em capitais diferentes, visando a custear a entrega postal de destinatários e/ou remetentes situados em locais longínquos, ou cidades que não sejam capitais dos Estados da Federação.

No setor das telecomunicações, a controvérsia sobre os custos da universalização da atividade foi resolvida por meio da criação do Fundo de Universalização do Setor de Telecomunicações (FUST), quando se previu que as empresas particulares atuantes no setor deveriam destinar parte dos lucros para garantir que o serviço de telecomunicações fosse prestado de forma contínua, universal e com tarifas módicas pela empresa que estivesse atuando sob o regime de direito público, na modalidade de concessão.

Mencionem-se os arts. 1º, 5º e 6º da Lei 9.998, de 17 de agosto de 2000 – por meio da qual se instituiu o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações –, apenas para elucidar o debate:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – Fust, tendo por finalidade proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, nos termos do disposto no inciso II do art. 81, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997.

(...)

Art. 5º Os recursos do Fust serão aplicados em programas, projetos e atividades que estejam em consonância com o plano geral de metas para universalização de serviço de telecomunicações ou suas ampliações que contemplarão, entre outros, os seguintes objetivos;

I – atendimento a localidades com menos de cem habitantes;

II – (vetado)

III – complementação de metas estabelecidas no Plano Geral de Metas de Universalização para atendimento de comunidades de baixo poder aquisitivo;

IV – implantação de acessos individuais para prestação de serviço telefônico, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino, bibliotecas e instituições de saúde;

---

de Gás Canalizado (ABEGÁS), que não é parte neste processo.



V - implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a instituições de saúde;

VI - implantação de acessos para utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso público, inclusive da internet, em condições favorecidas, a estabelecimentos de ensino e bibliotecas, incluindo os equipamentos terminais para operação pelos usuários;

VII - redução das contas de serviços de telecomunicações de estabelecimentos de ensino e bibliotecas referentes à utilização de serviços de redes digitais de informação destinadas ao acesso do público, inclusive da internet, de forma a beneficiar em percentuais maiores os estabelecimentos frequentados por população carente, de acordo com a regulamentação do Poder Executivo;

VIII - instalação de redes de alta velocidade, destinadas ao intercâmbio de sinais e à implantação de serviços de teleconferência entre estabelecimentos de ensino e bibliotecas;

IX - atendimento a áreas remotas e de fronteiras de interesse estratégico;

X - implantação de acessos individuais para órgãos de segurança pública.

XI - implantação de serviços de telecomunicações em unidades do serviço público, civis ou militares, situadas em pontos remotos do território nacional;

XII - fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a instituições de assistência a deficientes;

XIII - fornecimento de acessos individuais e equipamentos de interface a deficientes carentes;

XIV - implantação da telefonia rural.

§ 1º Em cada exercício, pelo menos trinta por cento dos recursos do Fust, serão aplicados em programas, projetos e atividades executados pelas concessionárias do Sistema Telefônico Fixo Comutado - STFC nas áreas abrangidas pela Sudam e Sudene.

§ 2º Do total dos recursos do Fust, dezoito por cento, no mínimo, serão aplicados a educação, para estabelecimentos públicos de ensino.

§ 3º Na aplicação dos recursos do Fust será privilegiado o atendimento a deficientes.

Art. 6º Constituem receitas do Fundo:

I - dotações designadas na lei orçamentária anual da União e seus créditos adicionais;

II - cinquenta por cento dos recursos a que se referem as alíneas *c, d, e e j* do art. 2º da Lei n. 5.070, de 7 de julho de 1966, com a redação dada pelo art. 51 da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997, até o limite máximo anual de setecentos milhões de reais;

III - preço público cobrado pela Agência Nacional de Telecomunicações, como condição para a transferência de concessão, de permissão ou de autorização, de serviço de telecomunicações ou de uso de radiofrequência, a ser pago pela cessionária, na forma de quantia certa, em uma ou várias parcelas, ou de parcelas anuais, nos termos da regulamentação editada pela Agência;

IV - contribuição de um por cento sobre a receita operacional bruta, decorrente de prestação de serviços de telecomunicações nos regimes público e privado, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações - ICMS, o Programa de Integração Social - PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins;

V - doações;

VI - outras que lhe vierem a ser destinadas.

Parágrafo único. Não haverá a incidência do Fust sobre as transferências feitas de uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra e sobre as quais já tenha havido o recolhimento por parte da prestadora que emitiu a conta ao usuário, na forma do disposto no art. 10 desta Lei.

Ao se aludir ao modelo que rege as telecomunicações, é importante esclarecer que não se pretende propor a adoção desse ou daquele sistema, substituindo-se ao legislador, nem mesmo sugerir que compete ao Judiciário atuar como legislador positivo. Entretanto, a comparação com o molde das telecomunicações torna-se praticamente inevitável, ao se observar que tal cenário fora também idealizado para o segmento postal, quando do Projeto de Lei 1.491, de 1999, da autoria do Poder Executivo de outrora, sob o comando do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

Naquele projeto, havia a referência ao Fundo de Universalização dos Serviços Postais (FUSP), à criação da Agência Nacional de Serviços de Correios, como ente regulador, e, sobretudo, ao fato de que o serviço poderia ser prestado tanto no regime público, como no regime privado. O primeiro sujeitar-se-ia aos deveres de universalização e de continuidade e seria regido por contrato de concessão, excepcionalmente, de permissão. O segundo estaria



submetido a regime privado, precedido de autorização, atuando-se a partir dos princípios da livre iniciativa e do livre exercício profissional, à mercê de concorrência ampla e justa e do respeito aos direitos dos usuários.

A despeito das inúmeras audiências públicas que permearam o debate, com representantes das mais diferentes categorias, tanto profissionais como econômicas, envolvendo a comunidade nacional e internacional, apesar da maturidade em que se encontrava o citado projeto de lei, discutido durante mais de quatro anos, inesperadamente, por meio da Mensagem 558, de 22 de outubro de 2003, o atual Poder Executivo formalizou o pedido de retirada do projeto da tramitação no Congresso Nacional, porquanto estaria “totalmente transfigurado e dissociado da ampla reforma econômica e social” que o hodierno governo diz propor para a nação brasileira.

Com isso, quer-se apenas ressaltar que o próprio governo de outrora já entendia não mais caber qualquer espécie de atuação monopolística, com reserva de mercado exclusiva para a ECT. Ao revés, reconhecia a necessidade de um modelo que fosse mais ágil e eficiente e sinalizava ser possível a convivência de dois regimes, afastando-se, desse modo, da controvérsia sobre a exata definição do serviço postal como serviço público ou como atividade econômica.

À luz do direito administrativo, não é dado olvidar a existência dos chamados conceitos indeterminados, cuja densificação é extremamente volátil e decorre dos sabores do momento. Na França, por exemplo, berço da Escola do Serviço Público, sistematizada por Duguit e Gastón Jèze, a religião chegou a ser considerada espécie de serviço público. Atualmente, no entanto, não só o Estado é laico, mas ainda são proibidas quaisquer manifestações de índole religiosa em escolas públicas, rejeitando-se inclusive demonstrações por meio de vestimentas e objetos pessoais. Nos países anglo-saxões, por sua vez, o conceito de serviço público liga-se à existência, ou não, de algum tipo de regulação estatal a submeter os prestadores privados daquela atividade, e não à execução direta por meio da administração pública.

No Brasil, a história é pródiga em demonstrar exemplos de que a melhor noção de serviço público não se vincula à essência do objeto em si, mas decorre de uma necessidade pontual e historicamente determinada de maior intervenção a ser feita pelo Estado em certa esfera da economia. O que em época de que não se tem saudade seria facilmente compreendido como “serviço público”, a demandar a intervenção estatal, hoje não passaria de manifesta demonstração de interferência indevida do ente público na atividade privada, a saber:

– O Departamento Nacional do Café – criado pelo Decreto 22.452, de 10 de fevereiro de 1933;

– O Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool – criado pelo Decreto 22.789, de 1º de julho de 1933;

– O Instituto Nacional do Malte – criado pelo Decreto 375, de 13 de abril de 1938;

– O Instituto Nacional do Sal – criado pelo Decreto-Lei 2.300, de 10 de junho de 1940;

- O Instituto Nacional do Pinho - criado pelo Decreto-Lei 3.124, de 19 de março de 1941;

- As Companhias Industriais de Leite, criadas em diferentes Estados da Federação;

- O Lloyd Brasileiro, sociedade anônima privada, que explorava a navegação de cabotagem e de médio e longo cursos e que passou a ser empresa estatal por meio do Decreto 1.708, de 11 de junho de 1937;

- As Estradas de Ferro Central do Brasil - criadas pelo Decreto-Lei 3.306, de 24 de maio de 1941.

Nesse rol, e por idênticas razões, não poderíamos deixar de citar a criação do Departamento de Correios e Telégrafos, por meio do Decreto 20.859, de 26 de dezembro de 1931, como exemplo de atividade econômica que durante certo período - respeitadas circunstâncias sociais diversas das que temos hoje - chegou a ser considerada espécie do gênero serviço público.

Observa-se, desse modo, que a noção de serviço público não está ligada a questões ontológicas, nem mesmo funciona como corolário da natureza das coisas. Nenhuma atividade é, em si mesma, um serviço público. Tudo depende da maior ou menor intervenção que o Estado deseje realizar na atividade econômica. É preciso não perder de vista a advertência feita por Fernando Herren Aguillar sobre o fato de as correntes definições sobre serviço público remeterem a generalizações que foram ganhando espaço ao longo do tempo, de forma que o intérprete termina por filiar-se a longínquas tradições que são reproduzidas, sem proceder, contudo, à indispensável crítica<sup>19</sup>. A par desse aspecto, o uso abusivo do conceito termina por enfraquecer-lhe a importância, banalizando-o e tornando-o carente de significado e de conteúdo.

O debate sobre a necessidade de quebra do monopólio do serviço postal não é novo na sociedade brasileira. Nos idos de 1994, época da revisão constitucional, e presente enfoque próprio dado à clausula constitucional existente, o parecer do então relator-geral<sup>20</sup>, deputado Nelson Jobim, já sinalizava para a importância de se proclamar extinto o monopólio do serviço postal, com o fim da reserva de mercado para a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, de maneira que a atividade pudesse, sem percalços, ser explorada também pela iniciativa privada. No ano 2000, o professor da Universidade de São Paulo Eros Roberto Grau, em parecer exarado a pedido da ECT - pendente de publicação -, manifestou-se positivamente sobre a constitucionalidade do então Projeto de Lei 1.491/1999, admitindo a possibilidade da prestação do serviço em regime privado e, ainda, a constitucionalidade da prestação do serviço postal por meio de duplo regime, a despeito de haver concluído que os serviços postais seriam espécie de serviço público. O professor entendeu, também, que os serviços postais não poderiam configurar monopólio, não obstante poderem eventualmente submeter-se a um regime especial de privilégio.

<sup>19</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 117 et seq.

<sup>20</sup> Parecer 40, sobre concessão de serviços públicos. Segunda Versão, publicada em 30-5-1994. In: *Relatoria da revisão constitucional*, Tomo II, p. 278; "Jobim propõe quebra de monopólios". *Jornal da Tarde*. 4 mar. 1994. p. 7.



Agora, finalmente, o Judiciário é chamado a enfrentar o problema e a interpretar se é possível a convivência do monopólio postal de outrora, de simples conotação legal, com a Constituição Federal de 1988.

No direito comparado<sup>21</sup>, a disciplina conferida ao tema é bem diferente do monopólio cuja prevalência quer fazer crer a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. À exceção da Holanda e da Argentina, onde o serviço postal foi privatizado, o que se observa geralmente é a participação dos capitais público e privado na operacionalização dos serviços postais, havendo regime de concorrência na maior parte dos setores de entrega. Como exemplo, tem-se a Alemanha, onde participam da prestação dos serviços postais os capitais público e privado, bem como a França, onde se formaram os *joint-ventures* para atuar no setor. Empresas privadas celebram termos de parceria com o setor público ao redor do mundo, como acontece na Austrália e no Canadá. A Finlândia, a Suécia e a Nova Zelândia aboliram completamente o monopólio estatal do serviço de entrega de correspondências. A União Europeia lançou os fundamentos do fim do monopólio postal na Diretriz 97/67/CE, para que as nações integrantes da União flexibilizem os mercados. Nos Estados Unidos, a empresa estatal, *United States Postal Service* (USPS), tem o monopólio da entrega relativamente às cartas comuns, mas não quanto às encomendas expressas e ao serviço rápido, que são abertos à concorrência. A maior empresa privada do país, a *United Parcel Service* (UPS) fatura 30 bilhões de dólares por ano e entrega 14 milhões de encomendas por dia. Na Inglaterra, desenvolve-se o sistema de franquias – o que também chegou a acontecer no Brasil, e que serve como reforço de argumentação no sentido de não se poder considerar o serviço postal como um serviço público exclusivo e monopolístico, porque a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, como delegatária do serviço, não poderia livremente franquear a atividade a terceiros interessados sem que isso fosse considerado como uma inconstitucionalidade flagrante, uma vez que, por meio do art. 175, prevê-se que os serviços públicos serão prestados diretamente pelo Estado ou, se por particulares, mediante concessão ou permissão, sempre precedidos de licitação. Entretanto, mesmo diante da vedação constitucional a proibir a delegação de serviço público sem que dantes seja precedida de regular licitação, a ECT realizou, no período compreendido entre 1990 e 1994, quase dois mil contratos de franquia, talvez por perceber que de serviço público já não mais se tratava, o que denota, a mais não poder, a evidente contradição considerada a atuação anterior da ECT e o entendimento sustentado nesta arguição. Em 1994, no entanto, o sistema de franquias foi proibido por decisão do Tribunal de Contas da União, até que o setor fosse devidamente regulamentado e não mais pairassem dúvidas sobre a que tipo de regime estaria submetida a execução da atividade.

É preciso ter em mente que “liberalização” do setor não se confunde com “privatização”. O serviço postal compõe-se de diversos blocos diferenciados, no que tange ao perfil do cliente, à concorrência, ao ciclo de vida do produto e à densidade tecnológica dos serviços. Há no mercado espaço e condições

<sup>21</sup> Dados obtidos no Seminário Internacional “Reforma dos Correios do Mundo”, realizado por iniciativa da Comissão de Ciência e Tecnologia da Câmara dos Deputados, do Ministério das Comunicações e do Ministério das Relações Exteriores, por meio da Agência Brasileira de Cooperação e pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em 27 e 28 de outubro de 1999.

para que várias empresas atuem, especializando-se em determinado segmento da atividade. Como exemplos, cabe citar os seguintes setores do mercado: remessas expressas internacionais e nacionais, distribuição urbana, como ocorre com as multas de trânsito e com contas de serviços de telefone, luz e gás, impressos, correspondência agrupada, encomendas, *marketing* direto, financeiro, atendimento e correio híbrido – quando forem conjugados o processamento de informações, impressão remota e entrega.

Poder-se-ia aumentar ou diminuir o preço do serviço de acordo com a prioridade da entrega e não somente a partir da natureza do objeto transportado, o que ocasionaria diversos tipos de prestação: urgente – para clientes que privilegiassem prazo em relação ao preço –, normal – relação de equilíbrio entre prazo e preço – ou econômica – quando preço fosse o fator preponderante da escolha.

A par desses aspectos, faz-se necessária, ainda, uma reestruturação do setor, reformatando-se a logística postal, de modo a priorizar investimentos nas evoluções tecnológicas – de que são exemplos os sistemas código de barras, o *Remote Video Coding System* (RVCS) e o *Optical Character Recognition* (OCR). Se antes se priorizava a entrega de cartas – cujo decréscimo de volume decorreu em larga medida dos *fac-símiles* e das mensagens eletrônicas –, agora a grande atuação do serviço postal é a entrega de encomendas, impulsionada principalmente com a forte demanda decorrente das compras realizadas pela internet. Por mais que se pretenda modernizar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, a permanecerem as amarras que decorrem necessariamente da submissão desta ao regime de direito público, no sistema de monopólio, os principais prejudicados serão, certamente, os consumidores finais, como partes mais frágeis e hipossuficientes dessa relação.

Conta a mitologia grega que, no caminho para Atenas, havia um ladrão chamado Procrusto. Referido malfeitor, imbuído de sentimentos vis, além de assaltar aqueles que passavam, atemorizava-os com um teste cruel: os transeuntes deveriam deitar-se em um leito, o “Leito de Procrusto”, e, se acaso nele coubessem, poderiam continuar seguindo o próprio caminho. Entretanto, se fossem maiores, o satisfeito mentecapto cortava-lhes a cabeça, a fim de se amoldarem à armação. Se fossem menores, porém, seriam espichados até poderem conformar-se à superfície e, então, saciar a vontade do salafatório.

Não se pode transformar a Carta da República no “Leito de Procrusto” e, assim, espichar ou diminuir o alcance das suas normas conforme se fizer necessário para que se julgue constitucional certa lei ou ainda determinada política de governo que se queira defender. Os intérpretes do Diploma Maior devem zelar para que este se mantenha íntegro, forte, para que os princípios constitucionais, tão caros à Democracia, sejam sempre analisados em conjunto, a fim de manter a unidade de uma Lei Fundamental que efetivamente represente o espírito de seu povo.

Acolho o pleito formulado na inicial para declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os artigos da Lei 6.538/1978 que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio



exclusivo da União – ou, mediante sutil jogo de palavras, em regime de “controle/privilegio exclusivo”, conforme quer fazer crer a Advocacia-Geral da União, em memorial entregue a esta Corte – a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, cabeça, IV e parágrafo único.

É como voto na espécie.

## VOTO

O sr. 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 vênua 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 estrito*<sup>22</sup>, 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”...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Imaginei que Vossa Excelência daria conhecimento a todos pela valia, pelo conteúdo do parecer.

O sr. 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 arguente 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 Silva<sup>23</sup>: “Além da exploração e execução

<sup>22</sup> Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92 et seq.

<sup>23</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 471.

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 Filho*<sup>24</sup>: "A Constituição reserva à União o transporte de cartas e encomendas a elas equiparadas, por conta de terceiros, de modo habitual". Relembro, ademais, que o art. 42 da Lei 6.538/1978 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 insistido<sup>25</sup> 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 Barbosa*<sup>26</sup> 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 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"<sup>27</sup>. 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.

<sup>24</sup> *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed. Saraiva, 1997. v. I, p. 156.

<sup>25</sup> *Meu A ordem econômica na Constituição de 1988*. Cit., p. 124 et seq.

<sup>26</sup> Privilégios exclusivos na jurisprudência constitucional dos Estados Unidos. In: *Obras completas*. Ministério da Educação e Cultura, Rio, 1963, v. XXXV, t. II, p. 13-14.

<sup>27</sup> *Idem*, p. 15.



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 arts. 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.

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 509, de 10 de março de 1969, que foi recebido pela Constituição de 1988. 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 arts. 7º e seguintes da Lei 6.538/1978, também recebida pela Constituição de 1988.

*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.

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 art. 3º, define os objetivos do Brasil (porque quando o art. 3º fala da República Federativa do Brasil, está dizendo que ao Brasil incumbe construir uma sociedade livre, justa e solidária) – vigentes os arts. 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 arts. 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 1988, em aprimoramento tecnológico da empresa estatal delegada da prestação dos serviços, a ECT.

Por isso, senhora presidente, peço vênias para divergir e julgar inteiramente improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

#### EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhora presidente, só para não perder a oportunidade, gostaria de dizer que não foi à toa que a Constituição falou dos Poderes da União – Legislativo, Executivo e Judiciário – no art. 2º, que é um artigo logicamente intermediário entre o primeiro e o terceiro. Parece que a intenção de Constituição foi dizer: os Poderes, inspirados nos fundamentos da República – art. 1º – deverão alcançar os objetivos do art. 3º. É uma vinculabilidade dupla de todos os Poderes, a um só tempo, aos fundamentos da República e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Só isso.

#### PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Senhora presidente, após o voto do ministro Eros Grau, peço vênias para pronunciar, antecipadamente, o meu pedido de vista.

#### EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF – Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emília Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Após o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e do voto do ministro Eros Grau, divergindo, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela arguente, o dr. Luís Roberto Barroso; pelos *amici curiae*, Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas, a dra. Emília Soares de Souza, e Associação Brasileira de Empresas de Transporte



Internacional (ABRAEC), o dr. Arnaldo Malheiros Filho; pela arguida, a dra. Maria de Fátima Moraes Seleme; pela Advocacia-Geral da União, o dr. Álvaro Augusto Ribeiro Costa; e, pelo Ministério Público Federal, o dr. Cláudio Lemos Fonteles, procurador-geral da República.

Presidência do ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Procurador-geral da República, dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 15 de junho de 2005 – Luiz Tomimatsu, secretário.

### VOTO-VISTA

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela *Associação Brasileira das Empresas de Distribuição* (ABRAED) contra a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*, objetivando, em síntese, ver declarada a não recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/1978, especialmente no que tange à existência de monopólio postal no País em favor da União e executado pela arguida.

Aponta a arguente, como preceitos violados, o art. 1º, IV (livre iniciativa), o art. 5º, XIII (liberdade do exercício de qualquer trabalho), e o art. 170, *caput*, IV e parágrafo único (livre iniciativa e livre concorrência), todos da Constituição de 1988.

Justifica a propositura da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental no fato de que a lei questionada é anterior à Constituição de 1988, bem como na existência de diversos atos – inclusive medidas judiciais – perpetrados pela EBCT com o intuito de impedir o funcionamento das empresas de distribuição no País, em razão de seu monopólio.

Sustenta que as empresas de distribuição, “criadas com o fim de atenderem a demanda do mercado de serviços de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de contas de luz e gás etc.” (fl. 9), geram cerca de um milhão e duzentos mil empregos. Ressalta que sua pretensão se restringe a produtos de origem comercial/industrial e não alcança a entrega de cartas, lembrando que, nos termos do art. 21, X, da Constituição, cabe à União unicamente manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, o que não significa a existência de monopólio. Segundo afirma, em sendo o monopólio estatal exceção ao princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o dispositivo da Constituição que prevê os casos de monopólio da União (art. 177) é taxativo.

Por fim, sustenta que o serviço postal se caracteriza como atividade econômica, o que justificaria a impossibilidade de instituição de monopólio para executá-lo, sem expressa previsão constitucional. Ademais, reitera que a Constituição revogou tacitamente a Lei 6.538/1978, fato que corrobora o entendimento de que não existe mais o monopólio postal no País.

A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT), nas informações, sustenta a ilegitimidade ativa da Abraed para propor a presente ação, porquanto associação de associações. Afirma ainda que a EBCT é empresa pública federal, integrante da administração indireta e atuante em todo o território nacional, tendo sido criada pelo Decreto-Lei 509/1969 (art. 1º) e pelo Decreto-Lei 200/1967 (art. 4º, II, b). Argumenta que a coleta, transporte, transmissão e entrega de correspondência é uma necessidade de interesse geral, razão por que o serviço postal é um serviço público. Alega, com fundamento na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que o serviço postal se estabelece constitucionalmente sobre dois pontos: (i) o direito de todos à sua utilização de forma eficiente e satisfatória e (ii) a garantia constitucional do segredo epistolar – art. 5º, XII, da Constituição Federal.

Afirma ainda que compete à União executar direta ou indiretamente o serviço postal, o que caracteriza a natureza pública do serviço, de sorte que, por se tratar de prestação de serviço público, não é aplicável o art. 173 da Constituição, direcionado a empresas públicas que exercem atividade econômica. Entende que a delegação não altera nem modifica a natureza e o regime público do serviço postal. Lembra que a EBCT não é concessionária, mas detém a outorga legal da União para a execução do serviço postal.

Por outro lado, ressalta que o recebimento, a expedição, o transporte e a entrega de outros objetos e valores que não configurem carta ou cartão postal e correspondência agrupada, tal como definidos na Lei 6.538/1978, não estão sob o regime de monopólio.

Em síntese, pugna pelo reconhecimento da recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6.538/1978 e, por via de consequência, do monopólio postal da União, ressaltando que a EBCT é o décimo terceiro maior correio do mundo, responsável por 90% do fluxo postal na América Latina, com cerca de cem mil empregados diretos (regidos pela CLT e aprovados em concursos públicos), presente em todos os Municípios brasileiros e merecedora do título de instituição pública de maior credibilidade perante o povo.

Às fls. 978-992, manifesta-se o advogado-geral da União pela compatibilidade entre a Lei 6.538/1978 e a Constituição, em virtude da natureza pública dos serviços postais.

No mesmo sentido, opina o procurador-geral da República em seu parecer, de fls. 1025-1037.

Na sessão plenária de 15-6-2005, o eminente ministro relator proferiu voto acolhendo o pedido da arguente e declarando que

não foram recepcionados pela Constituição os artigos da Lei 6.538/1978 que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *cabeça*, IV e *parágrafo único*.



Entendeu o eminente relator que,

no caso concreto, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas, redução dos custos operacionais e consequente queda dos preços oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

Na mesma assentada, o ministro Eros Grau divergiu do voto do relator, votando pela improcedência total do pedido, com o fundamento de que o serviço postal constitui serviço público, razão por que não há que se falar em monopólio, mas, sim, em regime de privilégio na prestação desse serviço público. Disse Sua Excelência:

Tenho reiteradamente insistido 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 Barbosa* 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 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”.

Para refletir melhor sobre o tema, pedi vista dos autos.

Senhor presidente, temos duas questões fundamentais em análise neste caso, a primeira acerca da definição do serviço postal como atividade econômica ou como serviço público, e a segunda, em sendo ele considerado serviço público, relativa ao estabelecimento do limite de sua prestação pelo poder público – noutras palavras, se deve ser ele prestado em regime de privilégio pela União, por meio da EBCT, ou se pode ser delegado a terceiros, e em que extensão.

No que tange à primeira questão – saber se o serviço postal é serviço público ou atividade econômica –, aqueles que entendem que se trata de atividade econômica fundam-se nos dispositivos constitucionais que regem a Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 e seguintes). Partindo de uma análise do que a Constituição define como ordem econômica, entendem que a livre iniciativa é o princípio norteador de todo o sistema econômico brasileiro, só podendo sofrer as restrições impostas pela própria Constituição (em especial, no art. 173). Assim, se a Constituição enumera, no art. 177, as atividades que constituem monopólio da União, e entre elas não se encontra o serviço postal, por conseguinte essa atividade não está sujeita a monopólio da União. Privilegia-se o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, ressaltando-se as vantagens da competição livre e desmedida para a sociedade.

Não obstante os argumentos expostos, parece-me estar com a razão a doutrina brasileira, amplamente majoritária, que entende ser o serviço postal um serviço público. Nesse sentido, cito, como exemplos, Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>; José dos Santos Carvalho Filho<sup>29</sup>, Maria Sylvia Di Pietro<sup>30</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>31</sup>, Odete Medauar<sup>32</sup> e José Afonso da Silva<sup>33</sup>, entre outros.

De fato, conforme ensina José Afonso da Silva:

A atividade econômica, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores de empresa privada. O serviço público é, por sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime de direito público. O que, portanto, se tem que destacar aqui e agora é que não cabe **titularidade** privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico.

A titularidade do serviço público é, portanto, do Estado, que pode delegar sua execução a terceiros, preservando sempre seu poder de regulação. No caso do serviço postal, parece-me evidente que a titularidade do serviço é da União, a teor do art. 21, X, da Constituição.

<sup>28</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 325.

<sup>29</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 99.

<sup>31</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 584.

<sup>32</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998. p. 330.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 801.



Desse modo, entendo que existem diferenças importantes entre o serviço público e a atividade econômica, a começar pela já mencionada titularidade. Nesse sentido, valho-me das palavras de Odete Medauar:

Não parece adequado ao ordenamento brasileiro considerar o serviço público como atividade econômica. De um lado, tem-se o art. 175, que, de modo claro atribui o serviço público ao poder público, podendo ser realizado pelo setor privado mediante concessão ou permissão. Vê-se que a Constituição Federal fixou um vínculo de presença do poder público na atividade qualificada como serviço público, presença esta que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida. Esta presença se expressa na escolha do modo de realização da atividade, na sua destinação ao atendimento de necessidades da coletividade. (...) De outro lado, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica, não se aplicam ao serviço público. É o caso da livre iniciativa, por exemplo; não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pela livre iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do poder público.<sup>34</sup>

Ademais, o serviço público é informado, entre outros, pelos princípios da supremacia do interesse público, da igualdade, da universalidade, da impessoalidade, da continuidade, da adaptabilidade, da transparência, da motivação, da modicidade das tarifas e do controle<sup>35</sup>, devendo ser prestado pelo Estado para atender às necessidades e interesses de toda a coletividade, em todo o território nacional.

Assim, uma análise pormenorizada do que consubstanciaria o serviço postal conduz inafastavelmente à constatação de que o interesse primordial em jogo é o interesse geral de toda a coletividade. É do interesse da sociedade que, em todo e qualquer Município da Federação, seja possível enviar/receber cartas pessoais, documentos e demais objetos elencados na legislação, com segurança, eficiência, continuidade e tarifas módicas. Não é mera faculdade do poder público colocar esse serviço à disposição da sociedade, e muito menos deixar sua completa execução aos humores do mercado, informado por interesses privados e econômicos. A Constituição é clara no art. 22, X, ao afirmar que “compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional”. Entendo que, ao falar em “manter o serviço postal”, a Constituição determinou que cabe à União assegurar sua execução em todo o território nacional, não apenas por abarcar um interesse coletivo significativo, mas também por ser fator importante de integração nacional.

Ademais, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello,

<sup>34</sup> MEDAUAR, Odete. *Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral*. p. 125.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*

se o art. 21 da Constituição disse que “ compete à União (...) manter o serviço postal”, como ali está estampadamente dito com todas as letras (inciso X), é óbvio e da mais fulgurante obviedade que **não se trata de atividade econômica**, pois esta última espécie de atividade é justamente aquela que não compete ao Estado; logo, rigorosamente o contrário do que ali está escrito; compete, isto sim, aos particulares, de tal sorte que, consoante previsão do art. 173, só excepcionalmente poderá ser explorada pelo Estado. Donde, se não se trata de atividade econômica, é de inquestionável evidência que a ela, atividade postal, não se aplicam os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, porquanto estes, conforme art. 170 da Constituição, são predicados concernentes à ordem econômica, ali alocados sob o capítulo “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”.<sup>36</sup>

Ante o exposto, não me resta nenhuma dúvida de que o serviço postal é serviço público.

Fixada essa premissa, passo à segunda questão posta nos presentes autos, qual seja, a de verificar em que extensão o serviço postal pode ser prestado pelos delegatários da União.

Inicialmente, também eu comungo do entendimento manifestado pelo ministro Eros Grau no sentido de que a importante distinção que se deve fazer é relativa ao regime de privilégio a que se sujeita o serviço postal, o qual, justamente por ser serviço público, exclui por princípio a ideia de monopólio. Disse Sua Excelência, na clássica obra *A Constituição Federal e a ordem econômica*<sup>37</sup>:

Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação de serviços públicos não é expressão senão de uma situação de privilégio. Note-se que ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um regime de competição entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, c da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, e; 30, V e 25, § 1º da Constituição), ainda então o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição, tal como praticada no campo da atividade econômica em sentido estrito. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais de um lado o serviço público é prestado, titulares ainda os concessionários e permissionários de certo privilégio, por mais de um deles e o regime de competição que caracteriza o exercício da atividade econômica em sentido estrito em clima de livre concorrência.

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 14.

<sup>37</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Constituição Federal e a ordem econômica*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 140-141.



Nesse ponto, não vislumbro pertinência no argumento de que o legislador constituinte não quis instituir o monopólio dos correios porque, se assim o desejasse, o teria incluído no art. 177 da Constituição. Entendo que esse serviço – friso, **serviço público** – não está elencado no art. 177 da Constituição justamente porque não é atividade econômica.

Assim, o serviço postal é prestado exclusivamente pelo Estado, em regime de privilégio, mediante outorga legal à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública federal, sujeita, portanto, a regras de direito público e de direito privado, mas com a predominância das normas de direito público.

O que pretende a arguente é que o referido serviço público seja considerado atividade econômica, para que o acesso a ele seja livre à iniciativa privada e, portanto, seja ele explorado livremente no mercado. Esquece-se, porém, de que as empresas a ela filiadas (Abraed) não pretendem operar em todas as áreas em que atua a EBCT, e muito menos em todo o território nacional. Querem essas empresas atuar apenas naquele setor mais lucrativo e de maior interesse econômico: entrega de documentos comerciais. Ressalte-se que o trabalho por elas efetuado restringe-se às grandes cidades e capitais do País, não alcançando Municípios pequenos e distantes do centro econômico nacional.

Observe ainda que, no tocante ao serviço postal, a Lei 6.538/1978, no art. 9º, estabelece as atividades a serem prestadas pela União em regime de privilégio:

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.

A Lei 6.538/1978 define claramente o que seja “carta”, nos seguintes termos: “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, **comercial**, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário” (art. 47).

Não há como excluir desse conceito legal de carta os boletos bancários e notificações para cobrança de débitos, faturas de consumo de gás, luz e outras, bem como qualquer correspondência que contenha informação de interesse específico do destinatário, como o são quaisquer cobranças de débitos.

Entendo que a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial (no qual incluem as cobranças de débitos) deve ser tratada pelo legislador ordinário, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão. Não cabe a esta Corte substituir o papel do legislador e fixar os critérios e formas para a prestação desse serviço público.

Ante o exposto, peço vênia ao ministro relator e acompanho a divergência iniciada pelo ministro Eros Grau, julgando improcedente o pedido.

## VOTO

O sr. ministro Carlos Britto: Senhor presidente, quando votamos o AI 243.250 na Turma, relator o ministro Sepúlveda Pertence, externei algumas ideias, emiti algum juízo, que me pareceu técnico, sobre a natureza da atividade posta agora em discussão. Entre caracterizar o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional enquanto modalidades de atividade econômica ou de serviço público, manifestei-me pela segunda opção. Entendo que essas atividades são de serviço público, porém de serviço público de logo reservado à competência da União.

A Constituição diz que são atividades próprias da União, típicas da União, encarregada a União de mantê-las, a caracterizar, portanto, uma compulsoriedade de prestação. Além de ser um serviço público, típico da União, não pode deixar de ser prestado, daí a Constituição fazer uso do verbo “manter”.

A compulsoriedade da prestação do serviço me parece um elemento do respectivo regime jurídico. Além dessa titularidade pública federal, parece-me não ser passível de transpasse para a iniciativa privada, mediante os conhecidos institutos da autorização, da concessão ou da permissão, vale dizer até – não estou sendo exagerado ao assim asseverar – que é o único serviço público não passível de transpasse para a iniciativa privada, mediante os citados institutos. É uma atividade insusceptível de exercício privado. Logo, tanto a titularidade quanto a protagonização da atividade ficam no âmbito do setor público federal.

E qual seria a razão, a finalidade de a Constituição tratar a matéria por uma forma tão diferenciada? Essa especificidade decorreria da destinação das atividades de que estamos a falar: favorecer a comunicação privada entre pessoas, a integração nacional e o sigilo da correspondência. Que correspondência? Correspondência epistolar e telegráfica, porque essas são cercadas, pelo inciso X do art. 5º da Constituição, de cautelas especiais, ou seja, recai sobre elas a inviolabilidade, a Constituição quer invioláveis a correspondência epistolar e a comunicação telegráfica, por isso reservou tais atividades para esse senhorio exclusivo e protagonização também exclusiva da União.

Eu não dei resposta, em rigor ainda não tenho essa resposta – partilho a preocupação com Vossas Excelências –, para o problema da caracterização do que seja mesmo correspondência epistolar e comunicação telegráfica. Comunicação telegráfica é fácil. Agora, o que é correspondência epistolar? Seria simplesmente uma comunicação de caráter rigorosamente privado entre pessoas no plano da privacidade, que é outro bem jurídico tutelado pela Constituição? Se dissermos que sim, estaremos excluindo – não digo monopólio, porque não é atividade econômica – da exclusividade da União em prestar esse serviço os documentos ou encomendas de caráter mercantil. E penso que, nessa resposta, estaríamos nos situando bem no cerne da questão.



Senhor presidente, neste primeiro momento inclino-me por entender que essa exclusividade a qual me refiro circunscreve-se às atividades que impliquem comunicação privada e comunicação telegráfica. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial, eu excluiria dessa atividade da União.

Então, julgo procedente em parte, para dizer – nesse ponto talvez eu me aproxime muito do voto do ministro Joaquim Barbosa – que a recepção da Lei 6.538/1978 pela Carta Magna de 1988 se restringe às atividades relacionadas com entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): A parte rentável, que financia a entrega de cartas, pode ser privatizada?

O sr. ministro Carlos Britto: Não entendi bem.

O sr. ministro Nelson Jobim (presidente): Porque o mecanismo tem financiamento cruzado, ou seja, se tira a parte rentável da empresa, inviabiliza-se a outra.

O sr. ministro Carlos Britto: Digo o seguinte, o que tiver caráter nitidamente mercantil, eu excluiria.

Julgo procedente em parte.

#### VOTO

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, peço vênua ao eminente relator, para também acompanhar a divergência.

O conceito de serviço público é histórico, sobretudo constitucional, mas, neste caso, há uma justificação que eu diria até metajurídica. O serviço postal, enquanto tende a assegurar a comunicabilidade como condição necessária, não apenas à integração, mas à coesão nacional, entende-se seja conceituado como serviço público. Daí a Constituição ter atribuído à União a responsabilidade de garantir a subsistência desse serviço como instrumento integração e coesão nacional.

De modo que não vejo, neste caso, na exclusividade atribuída pela Constituição, por conta dessa responsabilidade imputada à União, nenhuma ofensa à livre iniciativa, pois está pré-excluída do campo da livre iniciativa. Não se trata de atividade econômica em sentido estrito, e, portanto, não é de se cogitar de monopólio, cujo objeto é só a atividade econômica considerada como tal.

A meu ver, a qualificação dogmática de privilégio pode ser bem aplicada a este caso. Assim, julgo a ação inteiramente improcedente, até porque os casos em que a lei autoriza o particular a colaborar com a União na prestação dos serviços, já estão dispostos na lei.

Julgo a ação totalmente improcedente.

## VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes: Senhor presidente, também fiquei com dúvida, quando da discussão, a propósito de alguns aspectos aqui suscitados.

Entendo que os autores, de fato, trazem argumentos relevantes quanto à mudança ocorrida no contexto da prestação desses serviços. Todavia, parto do entendimento de que a definição dada pelo Texto Constitucional, como já destacou o ministro Carlos Britto, que onera a União com a manutenção do serviço postal, é um típico poder-dever institucional que comporta uma disciplina legal. Como já se tentou, inclusive, na chamada e discutida lei postal, objeto aqui de consideração.

É extremamente difícil, *a priori*, dizer que todos os aspectos hoje constantes dessa lei traduzem a autêntica interpretação desse conceito de serviço público, ou de atividade monopolista. Não significa que o legislador não possa vir a lhe dar uma nova conformação; mas me parece extremamente difícil que nós, a partir de uma perspectiva tópica, logremos identificar atividades que não integrem esse conceito, tendo em vista a complicada e difícil engenharia institucional que se faz para a atuação desse serviço.

Devo confessar, todavia, que fiquei deveras impressionado, de tudo o que se discutiu aqui, com a arguição de inconstitucionalidade, na recepção de ilegitimidade, do dispositivo que trata da criminalização, da violação do monopólio postal, dada a generalidade da disposição, quando não por outra razão, tendo em vista o caráter fortemente aberto do dispositivo, o art. 42 da lei em apreço.

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

E no parágrafo único a chamada forma assimilada:

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

Senhor presidente, fiquei impressionado com a abertura dessa disposição e mesmo da possibilidade de que, na fórmula, sem observância das condições legais, tendo em vista inclusive a remissão que o texto da lei faz toda hora à atividade regulamentar também fortemente aberta, se pudesse ter aqui, de fato, uma violação clara do princípio da reserva legal estrita.

De modo que, com as vênias ao eminente relator, acompanho também a manifestação do ministro Eros Grau e dos que o seguiram, apenas acolhendo a arguição neste passo, no que diz respeito aos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538.



## EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF – Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Lönhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Nelson Jobim. Plenário, 24-8-2005.

Decisão: Após o voto do ministro Marco Aurélio (relator), que julgava procedente a ação; dos votos dos ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Cezar Peluso, que a julgavam totalmente improcedente; votou o ministro Carlos Britto, julgando-a procedente, em parte, para excluir do conceito de serviço postal as encomendas. Em seguida, votou o ministro Gilmar Mendes, que julgava parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538, de 22 de junho de 1978, pediu vista dos autos a ministra Ellen Gracie. Presidência do ministro Nelson Jobim.

Presidência do ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Vice-procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 17 de novembro de 2005 – Luiz Tomimatsu, secretário.

### VOTO-VISTA

A sra. ministra Ellen Gracie: 1. Senhor presidente, a presente ADPF 46, proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), teve seu julgamento iniciado neste Plenário na sessão de 15-6-2005, na qual o eminente relator, ministro Marco Aurélio, votou pela procedência do pedido formulado e o eminente ministro Eros Grau pela sua improcedência. Com a solicitação de vista dos autos apresentada, naquela assentada, pelo eminente ministro Joaquim Barbosa, o julgamento foi retomado na sessão de 17-11-2005, na qual se alinharam à divergência inaugurada com o voto do ministro Eros Grau os eminentes ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso. Já Vossa Excelência, senhor presidente, e o eminente ministro Carlos Britto votaram pela parcial procedência do pedido deduzido nesta arguição, no que diz respeito à inconstitucionalidade dos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538/1978.

Ante a complexidade do tema, pedi vista para melhor exame e trago, neste momento, o feito à mesa para sua apreciação por este Plenário.

2. Supero as questões de legitimidade ativa, de pertinência temática e de adequação da via processual, na esteira do que fizeram todos os colegas que me precederam.

Não deixo de registrar, porém, que o objeto da ação, tanto quanto posso depreender da inicial – a propósito de questionar a constitucionalidade da Lei 6.538/1978 –, é, na verdade, a obtenção de interpretação ao art. 47 do referido Diploma Legal. Percebe-se claramente da leitura do pedido que a arguente se dá por satisfeita se o Tribunal der à palavra *carta* significado que exclua de seu conceito os itens que constituem objeto de interesse de suas associadas como as revistas, jornais, periódicos, encomendas, contas de água, luz e telefone, bem como objetos bancários, como cartões de crédito e talões de cheque, extratos etc. Leio na fl. 37 dos autos, *verbis*:

Também nos termos do art. 11 da Lei n. 9.882/99, tendo em vista a relevância da matéria, declarar o que se entende por carta, que por motivos de segurança e privacidade, continuam sendo prerrogativas da arguida, restringindo tal conceito de carta 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 talões de cheques, cartões de crédito etc.

Ou seja, sob o disfarce de agressão aos princípios constitucionais da livre concorrência e da liberdade de iniciativa, o que pretende a arguente é que se lhe atribua a parcela menos penosa e mais rentável do mercado de entregas de correspondência, o que se faria mediante leitura reducionista do texto constitucional, quando refere a serviço postal, para dele excluir tudo que não fosse correspondência privada e confidencial. O conhecimento desse pedido leva a uma vulgarização do nobre instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental que a Corte, segundo me parece, deveria evitar, sob pena de desvirtuarem-se as finalidades para as quais o instituto foi concebido.

3. No mérito, comungo com o pensamento de que serviço postal é serviço público, não atividade econômica em sentido estrito. A propósito, referindo-me ao serviço postal, já afirmei anteriormente, quando do julgamento da ADI 3.080, em que fui, na qualidade de relatora, acompanhada pela unanimidade deste Plenário (julgamento em 2-8-2004, DJ de 27-8-2004) que “é a União, por força do art. 21, X, da Constituição, o ente da Federação responsável pela manutenção desta modalidade de serviço público”.

E, por não se tratar de atividade econômica em sentido estrito – vale dizer, aquela em que o Estado, se atuar, em tudo deverá atender às regras da atividade privada – é que deixa de ser incluído no rol das exceções a esta categoria de atividade, a saber, o rol dos monopólios constante do art. 177 da Constituição Federal, pois este diz respeito, exclusivamente, às atividades que tenham cunho econômico. Não se trata, no caso, de **exploração** de atividade econômica pura e simples, mas, como o



próprio nome o diz, de prestação de **serviço público**. Serviço postal. Serviço que o constituinte confiou à União para que o mantivesse. E serviço que ela tem o dever de prestar em todo o território nacional. E que exercita por delegação legal a uma empresa pública expressamente constituída para tal finalidade.

E, por não ser atividade econômica em sentido estrito é que não se lhe podem ser aplicados os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, como pretende a arguente.

Tudo porque o serviço público vem informado pelo princípio da supremacia do interesse público, e, por isso, é mantido ainda em condições deficitárias, como é o caso da entrega de correspondências em locais remotos e de difícil acesso de nosso vasto território nacional. Garantir condições de comunicabilidade e de remessa de mensagens ou objetos a todos os brasileiros é objetivo que responde a mais do que o simples interesse individual dos missivistas. Diz respeito aos superiores interesses da integração nacional.

Serviços públicos há que são abertos à iniciativa privada, sem concessão ou permissão. É o caso dos serviços de saúde (Constituição Federal, art. 199) e educação (Constituição Federal, art. 209), ainda que se estabeleçam limitações, como à participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País (Constituição Federal, art. 199, § 3º) ou, o cumprimento de normas gerais da educação nacional (Constituição Federal, art. 209, I) e autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo poder público (Constituição Federal, art. 209, II).

Mas isso não é o que ocorre com o serviço postal. A sua manutenção, com exclusividade, a Constituição atribuiu à União.

O regime de privilégio em que tal atividade se desenvolve, como ficou bem explicitado no voto do eminente ministro Eros Grau, exclui a caracterização de um sistema de livre competitividade, pois está expressamente excluído pela Constituição Federal à esfera de atuação da iniciativa privada. Oportuna a expressão do ministro Carlos Velloso, relator, ao julgar o RE 407.099, DJ de 6-8-2004: "A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado".

4. Por tais razões, meu voto alinha-se à divergência, pela total improcedência do pedido, com vênias ao eminente relator.

#### PEDIDO DE VISTA

O sr. ministro Menezes Direito: Senhor presidente, não participei da assentada anterior, em que foi iniciado o julgamento, e pude constatar que existem três posições aqui na Corte: uma do eminente relator, que entende que deva ser privado o serviço postal; outra do eminente ministro Eros Grau, que entende que deva ser estatal o serviço postal; e, finalmente, uma terceira posição, que foi alvitada pelo eminente ministro Carlos Ayres Britto, intermediária, no sentido de que alguns serviços devam permanecer sob a exclusividade da atividade estatal e outros, por seu turno, podem ser delegados à atividade privada. São, portanto, três posições.

Quando nós enfrentamos, aqui, a ACO 959, de que eu fui relator, eu fixei o entendimento, na linha do que a eminente ministra Ellen Gracie acaba de demonstrar, que se trata sim de um serviço público, e não de uma atividade econômica. Mas creio que é necessário, pelo menos na minha perspectiva, fazer uma melhor reflexão sobre esta matéria, considerando a diversidade de posições existentes na Corte.

Essas são as razões pelas quais eu peço vênia aos meus eminentes colegas para pedir vista dos autos.

#### EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF – Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Renovado o pedido de vista ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do ministro Nelson Jobim. Plenário, 14-12-2005.

Decisão: Colhido o voto-vista da ministra Ellen Gracie, no sentido de julgar improcedente a ação, pediu vista dos autos o ministro Menezes Direito. Ausente, justificadamente, o ministro Joaquim Barbosa. Presidência do ministro Gilmar Mendes.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 12 de junho de 2008 – Luiz Tomimatsu, secretário.

#### QUESTÃO DE ORDEM

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, coloco questão de ordem tendo em conta petição que recebi da arguente, direcionada a adiar-se a conclusão do julgamento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Aponta, em primeiro lugar, que está em processo de votação, no Congresso, projeto de lei disciplinando a matéria. Tramita na Câmara dos Deputados.

Em segundo lugar – e creio que já não temos mais essa causa de pedir como subsistente –, diz estar ausente, nesta assentada, em razão de viagem ao exterior, aquele que sustentou, no caso, pela ora petionária, o doutor Luís Roberto Barroso. Ele está no recinto, então subsiste apenas a causa de pedir alusiva ao projeto.



Despachei a petição para submeter o tema ao Plenário. Como relator, pronuncio-me no sentido negativo. A possível existência de um projeto de lei não é suficiente a projetar no tempo a conclusão deste julgamento.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), mais um dado, presidente, a reforçar a colocação que fiz.

### EXPLICAÇÃO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Em relação à questão da recepção ou não, assumo uma posição intermediária, propondo uma interpretação conforme. Eu até bosquejava a ideia de que esta norma da Lei de 1978 era compatível com a Constituição anterior. Parece que a própria evolução social e econômica estaria a sinalizar, aqui, um tipo de processo de inconstitucionalização. A própria dinâmica, hoje, dos serviços estaria a indicar a participação dos atores privados e uma certa obsolescência dos dispositivos, pelo menos se lidos na sua literalidade estrita. Eu não consigo imaginar, por exemplo, que nós possamos invocar essa ideia do serviço público monopolístico para a entrega dos jornais, que se faz em geral, hoje, às cinco horas da manhã, e dizer que toda essa atividade, hoje realizada por empresas privadas, tivesse que ser desempenhada exclusivamente pela Empresa de Correios e Telégrafos. Parece que isso está sendo revisto pela realidade, imaginando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De reserva de mercado.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim; ou a dizer que todas essas atividades que se exercem universalmente no Brasil são exercidas de forma ilícita, porque essa seria a outra conclusão.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Exato. Se assentado o monopólio, a exclusividade, de forma linear quanto à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, na prestação de serviço, ter-se-á a clandestinidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Quer dizer, se essa atividade é ilícita, é clandestina, teremos que ver. Veja, realmente frustrando uma atividade que é dinâmica, e ninguém imagina que seja necessária para a sociedade, pelo contrário, nós perderíamos talvez a eficiência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): No que nós outros, acatando esse serviço, estaríamos contribuindo para a ilegalidade.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Se era de fato legítimo e constitucional, condizente até com o modelo anterior da Constituição, parece que a dinâmica dos tempos, a própria atividade plural do mercado fez um tipo de processo de inconstitucionalização.

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, permita-me uma observação, aí não há mercado, mas serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Estou dando exemplos. O caso, por exemplo, da entrega desses empréstimos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, de qualquer forma, podemos ter a concessão desse mesmo serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É o tipo de tema que está a demandar ou uma completa reinterpretação ou uma reconfiguração pelo legislador daquilo que se entende de manutenção do serviço postal. Mas, claro, nós temos outros desafios pela frente.

Então, queria assentar essa conclusão provisória e essa perplexidade.

Em relação ao marco regulatório repressivo, vamos chamar assim, eu havia adiantado o voto no sentido de dizê-lo todo inconstitucional, mas, após reler meu voto e também as disposições constantes a partir do art. 42, eu me fixei na inconstitucionalidade apenas do art. 42 da Lei 6.538, que diz o seguinte:

*Violação do privilégio postal da União*

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

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

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

DEBATE

A sra. ministra Cármen Lúcia: Senhor presidente, então, de toda sorte, Vossa Excelência considera recepcionada em parte a lei em questão?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Considero recepcionada em parte.

A sra. ministra Cármen Lúcia: E mantém a natureza do serviço público, cerne do voto do ministro Eros Grau, em divergência no sentido só da natureza da prestação. Não na conclusão porque, nela, realmente, a divergência com o ministro relator é total.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Já diziam os antigos que a virtude está no meio-termo!

Senhor presidente, apenas para que fique nos anais da Corte, explicito a origem do requerimento formalizado para se adiar o julgamento. Não foi subscrito por integrante do escritório Luís Roberto Barroso.

O sr. ministro Carlos Britto: Ministro Gilmar Mendes, eu também assentei no meu voto a natureza pública do serviço postal e do correio aéreo nacional, até porque a Constituição assim o diz literalmente. São dois serviços excluídos do mercado, porque, na medida em que próprios da União, estão fora das relações de comércio. Tudo que é próprio da União é de natureza pública. E a Constituição deixa isso clarissimamente posto:



Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

No meu voto, tive o cuidado de dizer que o fazia ainda na base do experimento, da inclinação. Não estava muito seguro do amadurecimento de um ponto de vista e concitava a Corte a um pensamento coletivo.

Com o voto de Vossa Excelência, robustece em mim a ideia de que realmente é preciso definir o que seja serviço postal. O que não se compreender na definição de serviço postal está fora do conceito de serviço público. Por isso que Vossa Excelência falou de boleto, de jornal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Porque há uma discussão sobre o conceito de carta do art. 47.

Vossa Excelência já tinha agitado esta questão para fazer uma redução teleológica.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso, exatamente. E o voto de Vossa Excelência robustece essa preocupação que hoje é coletiva.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Se Vossa Excelência permite, o conceito de carta, na literalidade do art. 47:

*Carta* - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

Portanto, é um conceito largamente abrangente.

O sr. ministro Carlos Britto: Serviço postal corresponderia a entrega de correspondência, independentemente da natureza do conteúdo da correspondência? Ou seja, o Estado mensageiro, o Estado carteiro é que estaria contemplado pela Constituição? Só o Estado pode fazer essa mediação, essa intermediação?

Avancei no meu voto, talvez para preservar três bens jurídicos: a integração nacional, o sigilo da correspondência e a privacidade. Adiantei no meu voto isso. E realmente esse é um tema que me causa uma inquietação intelectual. Não me encontro ainda confortável, a despeito do magnífico voto de Vossa Excelência.

Mas gostaria de ouvir o voto do ministro Celso de Mello.

### EXPLICAÇÃO

A sra. ministra Cármen Lúcia: Eu tenho um voto breve, escrito. Não vou ler, apenas explicá-lo. Li todos os votos. O cuidadosíssimo, o primoroso voto do ministro relator, primoroso em todos, mas, neste aqui, de uma forma muito especial, alongada, minudente, pelo que me desculpo sobremaneira por dele divergir.

Vou acompanhar a divergência, ministro, por entender que o que foi posto, ao iniciar a divergência, pelo ministro Eros Grau, rigorosamente no sentido de ser serviço público, como diria Pontes de Miranda, assim o é porque a Constituição assim o quer: que o serviço postal e o correio nacional sejam de competência da União e, nessa condição, exclui da submissão obrigatória os princípios que foram listados pela arguente neste caso, que seriam da livre iniciativa e da livre concorrência, exatamente porque o regime jurídico aqui é diferenciado.

Isso me leva, portanto, a acompanhar o ministro Eros Grau na sua divergência iniciada, mesmo trazendo o ministro Marco Aurélio o arcabouço que começa a falar exatamente dessa interpretação sistêmica que a Constituição precisa ter. Mas, como se finca no art. 21, X, rigorosamente na exclusividade da competência da União, eu não vejo como se ter como não recepcionada essa norma.

Farei juntar voto no sentido de acompanhar integralmente a expressão do ministro Eros Grau, com a devida desculpa do ministro relator. Mesmo com as ponderações de Vossa Excelência, quanto à dinâmica da vida, principalmente dessas novas formas de comunicação, eu diria que a Constituição não é imutável, pode ser mudada, que a própria lei, naquilo que ela especificamente estipulou como podendo ser, ou não cabendo no caso do art. 9º, pode ser repassada por outra, mas, considerar não recepcionada nem para dar interpretação conforme, não estou convencida disso.

Por essa razão – meu voto é muito breve –, sigo integralmente, pedindo desculpas mais uma vez ao ministro relator, o ministro Eros Grau e os que o acompanharam, julgando improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

## VOTO

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, ouvi atentamente o relatório feito por Vossa Excelência e os distintos argumentos alinhados.

Peço vênha aos eminentes colegas para me alinhar à posição do ilustre ministro Carlos Britto e também à de Vossa Excelência, que são, de certa maneira, convergentes.

Eu entendo que a competência privativa da União para manter o serviço postal, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal, não engloba a correspondência comercial e a entrega de encomendas. Esses serviços não estão, a meu ver, abrangidos pelo monopólio estatal, que se limita ao serviço postal *stricto sensu*, ou seja, à entrega de correspondência pessoal, inclusive ligada à garantia que a Constituição estabelece relativamente à inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, e à emissão de selos, etc., enquanto serviço público.

E, de modo geral, como disse Vossa Excelência, senhor presidente, são todos aqueles serviços alinhados no art. 9º da lei impugnada.



Eu, tal como Vossa Excelência – e, tenho impressão, na linha do que assentou o ministro Carlos Britto –, entendo que estão fora do monopólio estatal a entrega de talões de cheques, de cartão de crédito, de cartões de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas, impressos que constituem uma atividade tipicamente econômica, até porque uma solução em sentido contrário militarria contra a realidade já delineada no mundo globalizado.

Eu entendo, também, que estão excluídas desse monopólio as entregas de encomendas, os serviços de *courrier*, mesmo porque já convivem com o correio estatal, não só no Brasil como no exterior, há muitos anos, com êxito, empregando centenas de milhares de pessoas.

Quero dizer ainda que, de acordo com o inciso V do art. 1º da Constituição da República, a livre iniciativa configura um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e é um postulado que deve servir de baliza para interpretação de todos os outros dispositivos da Constituição, inclusive aqueles concernentes às competências da União. E as exceções, como se sabe, devem ser interpretadas de modo estrito, ainda que se considere que o serviço é exercido sob regime de monopólio, ou até sob regime de privilégio de serviço público. Se entendêssemos assim, nós estaríamos dando uma interpretação extensiva ao comando constitucional que estabelece o monopólio – se é que estabelece – da União, no que tange aos Correios, em detrimento da iniciativa privada que é um dos fundamentos – como eu disse, aliás, não sou eu que digo, são os constituintes que disseram – do Estado Democrático.

Então, senhor presidente, eu estaria inclinado a me amoldar à solução de Vossa Excelência, que penso ser compatível com o posicionamento do ministro Carlos Britto, no sentido de considerar parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dando uma interpretação conforme aos diferentes dispositivos impugnados, inclusive no que tange às sanções penais, relativamente à infringência das atividades exercidas sob o monopólio estatal.

Então, em suma senhor presidente, é esse o meu voto.

### ESCLARECIMENTO

O sr. ministro Eros Grau: Senhor ministro presidente, Vossa Excelência me permite apenas um esclarecimento – vou relatá-lo no meu voto –; eu tenho a impressão de que esta é uma questão importante – pelo menos para mim, não há de ser importante para os outros.

Eu não posso falar em monopólio. Aí não há monopólio, que é de atividade econômica. O que há, no caso, é um privilégio de serviço público.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu destaquei isso no voto de Vossa Excelência.

O sr. ministro Eros Grau: Portanto, não é inserção. Se Vossa Excelência me permitir, aí é um lugar do Estado. Aliás, a própria noção de Estado moderno encontra, nesse fenômeno do privilégio postal, um dos seus elementos fundamentais.

Apenas para esclarecer, aqui eu não posso raciocinar em termos de iniciativa privada, porque esse é um lugar do Estado. Não sou eu quem diz. Quem diz é a Constituição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite um aparte, com todo o respeito, evidentemente, tenho a impressão de que a ideia de privilégio está ligada à ideia mercantilista prevalecente nos Séculos XV e XVI, que, *data venia*, não tem mais lugar no mundo globalizado do Século XXI, pelo menos na seara econômica.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Procurei mostrar que o conceito adotado em relação a esse serviço é muito peculiar – manter o serviço postal –, é realmente diferente do que se adotou para as atividades econômicas em geral.

O sr. ministro Eros Grau: Perdoe-me, mas, certamente, Rui Barbosa, quando formulou a distinção entre privilégio de serviço público e monopólio de atividade econômica, já o fazia no tempo da república. Por isso insisto nisso. Meu voto encontra fundamento em um texto de Rui Barbosa.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão, ministro Eros Grau, que estamos a discutir agora é a abrangência deste serviço postal com essas características de atividade exclusiva – para não usarmos a expressão “monopólio” –, porque, claro, os Correios continuam a exercer essas atividades de maneira ampla, só que, também, em um contexto de “concorrência” com as demais empresas.

Dando um exemplo – falávamos há pouco sobre o processo de legitimação que, aparentemente, manifesta-se, até mesmo agora, nessa entrega de comunicação, boletos e cobranças –, evidentemente essa disputa, que nos anos oitenta tinha um grande significado, entre os Correios e as empresas prestadoras desse tipo de serviço, está ficando superada, exatamente porque esses serviços, hoje, podem ser prestados no âmbito da internet: imprime-se o boleto e faz-se a cobrança. Já temos, no âmbito da Justiça, o sistema Hermes que manda intimações pela via da internet, com remessa até mesmo de encomendas.

É nesse contexto que estamos propondo – a proposta é do ministro Carlos Britto, minha e, agora, do ministro Ricardo Lewandowski – uma redução teleológica, de uma “ablação normativa” – digamos assim – para que, de fato, delineie-se esse serviço postal, tendo em vista sua inter-relação com a realidade.

## DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Nós temos uma situação peculiar. O ministro Marco Aurélio julga procedente a ação. Os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Cármen Lúcia julgam-na improcedente. Ministros Carlos Britto, Gilmar Mendes – em diferente extensão –, Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello a julgam parcialmente procedente.

O sr. ministro Celso de Mello: Não sei se todos os eminentes ministros pronunciaram-se sobre a questão da incompatibilidade do art. 42 da Lei Postal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas, ministro, de qualquer forma subsistiria a dúvida quanto à interpretação conforme.



O sr. ministro Eros Grau: Então dá-se o empate: cinco votos médios num sentido e cinco votos cheios em outro sentido.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Presidente, não sou muito bom em matemática, mas acaba prevalecendo a posição intermediária do ministro Carlos Ayres Britto, porque aqueles que votam no sentido da improcedência estão mais próximos da posição de Sua Excelência do que da minha.

O sr. ministro Carlos Britto: Regimentalmente, o voto médio se faz por aproximações.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E, aí, teríamos de qualquer forma, pelo voto médio, seis pronunciamentos.

O sr. ministro Carlos Britto: Há cinco votos pela improcedência.

O sr. ministro Eros Grau: Presidente, se Vossa Excelência me permitir, eu posso raciocinar em sentido contrário para dizer exatamente que aos cinco votos que afirmam procedência total somam-se os outros quatro.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Há uma incompatibilidade manifesta. Evidentemente, aqueles que votam pela procedência parcial não somam voto a quem vota pela improcedência total.

O sr. ministro Eros Grau: Se Vossa Excelência me permitir, quero dizer que, do modo como as coisas se colocaram, há nove votos mantendo o privilégio. Cinco que o mantêm plenamente e quatro que o mantêm parcialmente. Mas, na verdade, o que há são nove votos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É um voto que não mantém coisa alguma, que deve ser considerado no contexto.

O sr. ministro Eros Grau: Então, o privilégio está mantido; cinco vezes totalmente e quatro vezes parcialmente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós podemos fazer um outro raciocínio ainda.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão é em relação aos tópicos que nós não consideramos recepcionados, que é em relação ao conceito de carta.

A sra. ministra Ellen Gracie: Quanto a isso não há maioria, senhor presidente.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): É exatamente sobre isso que estamos a dizer. Em relação aos demais aspectos não há nenhuma dúvida, porque há a soma.

A sra. ministra Cármen Lúcia: São necessários seis votos para presunção de manutenção da lei.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Isso envolve uma outra questão de ordem, porque, até então, a legislação vem tratando, portanto temos que fazer a verificação na Lei 9.868, mas a disciplina é sempre da exigência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Da maioria absoluta de seis votos.

O sr. advogado: Senhor presidente, uma questão de ordem e uma questão de fato; um dos pedidos da inicial é para a interpretação da lei e, portanto, não é um pedido de declaração de inconstitucionalidade. É o pedido que consta da letra c do item 138 da inicial.

A sra. ministra Ellen Gracie: Mas isso pode ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental?

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Daí Vossa Excelência ter ficado, inclusive, em dúvida quanto à nomenclatura a ser utilizada. Seria a procedência ou improcedência.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tanto é que, quando formulei a proposta de voto, no item 1º, eu dizia que estava julgando improcedente com a interpretação conforme, ou, eventualmente, parcialmente procedente, dependendo de como nós tipifiquemos.

O sr. ministro Eros Grau: O primeiro voto de Vossa Excelência era mais outro.

De qualquer modo, para que a lei fosse tida como não recepcionada, seriam necessários seis votos. E não há.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Nem num sentido, nem em outro. Ao contrário do que ocorre na Lei 9.868, a Lei 9.882 tem as seguintes disposições:

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros;

Os dispositivos dos parágrafos foram vetados, talvez dispusessem sobre os critérios de aferição. Nós não temos, portanto, regras. A tradição tem sido, em relação à inconstitucionalidade, sempre de seis votos no sentido da procedência ou improcedência.

Creio que podemos fazer uma breve pausa para, depois, voltarmos para resolver esta questão de ordem.

#### EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF – Relator: Ministro Marco Aurélio. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal rejeitou o pedido de adiamento. Após, votou o ministro Gilmar Mendes, presidente, reajustando seu voto para julgar parcialmente procedente a arguição, fixando a interpretação de que a



prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos, e julgando procedente a arguição quanto ao art. 42 da referida lei, no que foi acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Em seguida, também reajustou o voto o ministro Carlos Britto, para excluir do conceito de serviço postal, além das encomendas, a entrega de impressos, como jornais, revistas e outros periódicos, mantendo o julgamento pela procedência parcial da ação. Em seguida, após o voto da ministra Cármen Lúcia, julgando-a improcedente, a proclamação da decisão ficou suspensa para a próxima sessão. Ausentes, justificadamente, o ministro Cezar Peluso, que proferira voto em assentada anterior, e o ministro Menezes Direito, que declarou suspeição.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de agosto de 2009 – Luiz Tomimatsu, secretário.

VOTO  
(Confirmação)

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, reafirmo meu voto integralmente e, pelo que depreendo, há situação de empate do ponto de vista qualitativo, porque temos nove votos quanto à recepção em relação a cartas; cinco votos de recepção quanto ao restante; e cinco votos de não recepção quanto a esses mesmos objetos.

De modo que, de fato, se caracteriza situação de empate, da qual não vejo como, nas características do caso, encontrar-se a solução do voto médio. Parece-me que se pode aplicar diretamente ao caso o art. 97 da Constituição Federal. É que, não obstante, segundo conhecido acórdão, aquele velho precedente do Tribunal em que se discutia se, em relação ao direito chamado de pré-constitucional, a incompatibilidade com Constituição superveniente se resolvia em termos de categoria de inconstitucionalidade ou se se resolvia em termos kelsenianos de não recepção pela nova ordem constitucional, o fato é que, substancialmente, o fenômeno jurídico é de incompatibilidade teórica da norma com a Constituição, ainda que esta seja superveniente.

De modo que, senhor presidente, a mim parece-me, com o devido respeito, que, para ser reconhecida incompatibilidade a título de não recepção e de revogação, por conseguinte, ou a título de inconstitucionalidade *sic et simpliciter*, acho que não poderia ser declarada a procedência da ação à falta do quórum qualificado exigido pelo art. 97 da Constituição. Ou seja, não há maioria absoluta para a pronúncia de juízo de incompatibilidade entre a lei e a Constituição vigente.

É nesse sentido que proponho ao Tribunal proclamar o resultado do julgamento: não tendo sido obtido o quórum especial para a pronúncia de incompatibilidade ou pronúncia de inconstitucionalidade ou pronúncia de revogação, o diploma normativo subsiste.

É como me parece, com o devido respeito.

#### DEBATE

O sr. ministro Carlos Britto: O art. 5º da lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental, Lei 9.882, também exige o *quorum* qualificado da maioria absoluta. E o raciocínio me parece simples também. Se para suspender a eficácia da norma é preciso um *quorum* qualificado, para cassar definitivamente a eficácia da norma, com mais razão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): A questão que se coloca – eu também compartilho dessas preocupações – é que, na tradição do controle abstrato de normas – e de alguma forma nós estamos também nesta sede, embora seja um controle do direito pré-constitucional –, o modelo que já vinha se exercendo na forma do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal sempre exigiu, no controle abstrato, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade por seis votos, modelo que hoje está incorporado na Lei 9.868/1999, no que concerne, portanto, à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade. Claro, daí resulta que o julgamento de procedência ou de improcedência com este *quorum* é dotado de efeito vinculante – e isso tem uma razão de ser no sistema brasileiro e que nós dizíamos até na sessão passada: no modelo italiano, por exemplo, fala-se que o juízo de improcedência se traduz numa “*sentenze de rigetto*”, quer dizer, uma sentença de rejeição, mas não vale como uma declaração de constitucionalidade, só quando há realmente a declaração de inconstitucionalidade, aquela que seria dotada desse efeito. Mas é que no modelo italiano isso faz sentido. Por quê? Porque o monopólio da censura é da Corte Constitucional; porque só ela pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei. Daí fazer sentido esse tipo de distinção. Entre nós, até em nome da segurança jurídica, se recomenda que o Supremo defina com clareza a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Do contrário, não havendo efeito vinculante, continuarão as pejejas, as discussões, porque vai se afirmar sempre que o Supremo não definiu a constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Daí por que o Supremo inclusive avançou nessa matéria – mesmo antes do advento da Constituição de 1988 – por entender que aqui era *causa petendi* aberta. Quando o Tribunal julgava improcedente, julgava improcedente em relação a todas as arguições, foi toda uma construção em razão dessa peculiaridade do modelo brasileiro. E, de certa forma, isso se transpõe para o âmbito da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

De modo que, se encaminharmos no sentido agora manifestado pelo ministro Pełuso, nós teremos também que averbar que esta decisão não será dotada de efeito vinculante. Parece-me que essa é a situação.



O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência me permite apenas tecer algumas considerações, raciocinar em voz alta?

No tocante à ação direta de inconstitucionalidade e à declaratória de constitucionalidade, não consta previsão na Carta da República quanto a *quorum* referente a resultado. O preceito pertinente alude à decisão definitiva. O que se verifica no caso concreto? Um impasse; um impasse porque se reclama realmente pronunciamento do Tribunal, neste ou naquele sentido, e não se chega, com os votos tomados, a qualquer resultado. O afastamento de integrantes do Tribunal, por impedimento ou suspeição, revela excepcionalidade maior. Chegamos mesmo ao ponto de dizer que no processo objetivo, em que não existem interesses individualizados em jogo, não há campo para se chegar a afastamento do integrante do Tribunal, mas o ministro Menezes Direito assentou suspeição e passamos a ter *quorum* de dez integrantes, viabilizado, portanto, o descompasso e o descompasso desaguou em um empate.

Presidente, do Regimento Interno vem-nos uma situação concreta em que necessariamente o Tribunal atua com dez integrantes. Refiro-me ao mandado de segurança contra ato do próprio Tribunal, em que o presidente, aquele que esteja na Presidência, não participa do julgamento. E então se previu a solução: a manutenção do ato impugnado, dando-se ênfase, portanto, ao ato que foi praticado pelo presidente do Tribunal.

No caso concreto, não é possível chegar-se à interpretação analógica, integrativa, desse preceito para concluir-se pela prevalência da corrente a que aderiu o presidente da Corte? A meu ver, é a única solução possível, a não ser que permanecêssemos no recinto, como se estivéssemos em um conclave, e passássemos a votar reiteradamente até que um dos colegas viesse a evoluir, aderindo à corrente à qual não se filiou de início.

Presidente, na Lei 9.868/1999, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade – e podemos observar a norma quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental –, há disposição que implicitamente admite não seja alcançado por uma das correntes os seis votos. Refiro-me ao art. 23:

Efetuada o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros [é a regra], quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade [para haver até mesmo a eficácia *erga omnes*, que é própria ao processo objetivo].

Parágrafo único. Se não for alcançada a maioria necessária à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, estando ausentes Ministros em número que possa influir [não é o caso] no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se o comparecimento dos Ministros ausentes, até que se atinja o número necessário para a prolação da decisão num ou noutro sentido.

Precisamos encontrar uma solução. A meu ver, não existe espaço, como o quê, para a coluna do meio, para dizer-se simplesmente que não haverá, no caso concreto, jurisdição porque não foi alcançada a maioria que enseja o implemento dessa mesma jurisdição.

Não vejo outra saída, senão considerarmos a norma regimental alusiva ao mandado de segurança para ter-se como prevacente a corrente à que aderiu o presidente.

E é nesse sentido que me pronuncio.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Julga a improcedência da ação.

O sr. ministro Cezar Peluso: A improcedência da ação se proclama de qualquer modo, apenas varia o fundamento, senhor presidente. Tenho restrição quanto a isso, com o devido respeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência sustentou um voto, o que seria um voto médio.

O sr. ministro Cezar Peluso: Mas não há voto médio.

O sr. ministro Carlos Britto: Essa posição intermediária foi inaugurada por mim.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não seria um voto médio em termos de proclamação, seria voto médio consideradas as duas correntes: aquela que se iniciou com o do relator, que sou eu, e a sufragada pelo ministro Eros Grau. Por isso é que me referi a voto médio, não se trata de voto médio no sentido de proclamação.

O sr. ministro Carlos Britto: A terceira tese foi proposta por mim. Quando eu votei, na primeira assentada de julgamento, tínhamos duas teses diametralmente opostas: a tese do relator que assentava a quebra total do monopólio, entendendo que a atividade era de caráter econômico, e o voto do ministro Eros contraposto, radicalmente, entendendo que se tratava de serviço público, e não atividade econômica, daí não se poder falar sequer em monopólio.

O meu voto está muito mais próximo do ministro Eros do que do ministro Marco Aurélio, porque entendo que a atividade não é econômica, é típica de serviço público.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Diria que o seu voto está distanciado de ambas as correntes, dos votos anteriormente proferidos.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, mas, pela dinâmica da rejeição e da atração, ele é muito mais atraído pelo voto do ministro Eros do que pelo voto de Vossa Excelência, porque entendo que o serviço é tipicamente público, exclusivo da União, que tem a obrigação de manter, e, assim, obedecer ao princípio constitucional da continuidade.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sustento que é público quanto ao alcance, mas não é estatal.



O sr. ministro Carlos Britto: Agora, eu excluiria do conceito de serviço postal – deixei isso bem claro – as encomendas, e, após o voto do ministro Gilmar, entendo que também é de se excluir o impresso. Ou seja, a entrega de impressos, como jornais, revistas e outros periódicos, isso deve ficar fora do conceito de serviço postal, até por uma razão: se deixarmos que o Estado seja o exclusivo receptor e mensageiro do entregador de jornais, revistas e outros periódicos, a liberdade de imprensa fica prejudicada, cerceada de alguma maneira.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência fazia também uma interpretação conforme da expressão “carta”; porque, na verdade, nesse ponto há uma divergência substancial entre o voto de Vossa Excelência e do ministro Eros.

O sr. ministro Carlos Britto: Eu excluiria do serviço postal a cargo dos Correios e Telégrafos as encomendas e os impressos. Por isso que o meu voto está muito mais próximo do ministro Eros Grau do que do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Até mesmo para não rechaçar certa realidade existente há vinte anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas só para ajustarmos também a compreensão. Vossa Excelência, na verdade, dava uma interpretação para a expressão. Eu entendi que Vossa Excelência fazia uma redução teleológica, sem disposição, no que concerne ao conceito de carta.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, como a Constituição fala de serviço postal, e serviço postal é serviço de correio, serviço de postagem, é serviço de entrega para repasse a outrem é a figura tradicional do Estado mensageiro, do Estado carteiro, entre o emissor e o receptor de uma mensagem. Então, eu excluiria do serviço postal exclusivamente as encomendas e os impressos e tudo o mais ficaria sob não monopólio, mas sob o serviço exclusivo da União.

O sr. advogado: Os serviços ditos pelo ministro Carlos Britto, eles já não integram o monopólio dos Correios – entrega de jornais, revistas, periódicos. Já não são considerados monopólio. De fato, os correios, eles não são exclusivos nesse serviço que Vossa Excelência mencionou.

O sr. ministro Carlos Britto: Tanto melhor.

### ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, Vossa Excelência me permite e o ministro Eros Grau, que é o líder da corrente divergente do doutíssimo voto do ministro relator, ministro Marco Aurélio?

Creio que, a prevalecer o encaminhamento que acaba de ser feito, há de o Tribunal então dar procedência integral à ação. Porque o pedido da ação se cinge, retirados todos os seus adereços, a definir o que seja “carta”, para efeito de manutenção do monopólio dos Correios. E se o Tribunal a isso está se dispondo, então nós temos que dar integral procedência à ação.

Precisamos encontrar uma solução. A meu ver, não existe espaço, como o quê, para a coluna do meio, para dizer-se simplesmente que não haverá, no caso concreto, jurisdição porque não foi alcançada a maioria que enseja o implemento dessa mesma jurisdição.

Não vejo outra saída, senão considerarmos a norma regimental alusiva ao mandato de segurança para ter-se como prevalecente a corrente à que aderiu o presidente.

E é nesse sentido que me pronuncio.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Julga a improcedência da ação.

O sr. ministro Cezar Peluso: A improcedência da ação se proclama de qualquer modo, apenas varia o fundamento, senhor presidente. Tenho restrição quanto a isso, com o devido respeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência sustentou um voto, o que seria um voto médio.

O sr. ministro Cezar Peluso: Mas não há voto médio.

O sr. ministro Carlos Britto: Essa posição intermediária foi inaugurada por mim.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não seria um voto médio em termos de proclamação, seria voto médio consideradas as duas correntes: aquela que se iniciou com o do relator, que sou eu, e a sufragada pelo ministro Eros Grau. Por isso é que me referi a voto médio, não se trata de voto médio no sentido de proclamação.

O sr. ministro Carlos Britto: A terceira tese foi proposta por mim. Quando eu votei, na primeira assentada de julgamento, tínhamos duas teses diametralmente opostas: a tese do relator que assentava a quebra total do monopólio, entendendo que a atividade era de caráter econômico, e o voto do ministro Eros contraposto, radicalmente, entendendo que se tratava de serviço público, e não atividade econômica, daí não se poder falar sequer em monopólio.

O meu voto está muito mais próximo do ministro Eros do que do ministro Marco Aurélio, porque entendo que a atividade não é econômica, é típica de serviço público.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Diria que o seu voto está distanciado de ambas as correntes, dos votos anteriormente proferidos.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, mas, pela dinâmica da rejeição e da atração, ele é muito mais atraído pelo voto do ministro Eros do que pelo voto de Vossa Excelência, porque entendo que o serviço é tipicamente público, exclusivo da União, que tem a obrigação de manter, e, assim, obedecer ao princípio constitucional da continuidade.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Sustento que é público quanto ao alcance, mas não é estatal.



O sr. ministro Carlos Britto: Agora, eu excluiria do conceito de serviço postal – deixei isso bem claro – as encomendas, e, após o voto do ministro Gilmar, entendo que também é de se excluir o impresso. Ou seja, a entrega de impressos, como jornais, revistas e outros periódicos, isso deve ficar fora do conceito de serviço postal, até por uma razão: se deixarmos que o Estado seja o exclusivo receptor e mensageiro do entregador de jornais, revistas e outros periódicos, a liberdade de imprensa fica prejudicada, cerceada de alguma maneira.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência fazia também uma interpretação conforme da expressão “carta”; porque, na verdade, nesse ponto há uma divergência substancial entre o voto de Vossa Excelência e do ministro Eros.

O sr. ministro Carlos Britto: Eu excluiria do serviço postal a cargo dos Correios e Telégrafos as encomendas e os impressos. Por isso que o meu voto está muito mais próximo do ministro Eros Grau do que do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Até mesmo para não rechaçar certa realidade existente há vinte anos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas só para ajustarmos também a compreensão. Vossa Excelência, na verdade, dava uma interpretação para a expressão. Eu entendi que Vossa Excelência fazia uma redução teleológica, sem disposição, no que concerne ao conceito de carta.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, como a Constituição fala de serviço postal, e serviço postal é serviço de correio, serviço de postagem, é serviço de entrega para repasse a outrem é a figura tradicional do Estado mensageiro, do Estado carteiro, entre o emissor e o receptor de uma mensagem. Então, eu excluiria do serviço postal exclusivamente as encomendas e os impressos e tudo o mais ficaria sob não monopólio, mas sob o serviço exclusivo da União.

O sr. advogado: Os serviços ditos pelo ministro Carlos Britto, eles já não integram o monopólio dos Correios – entrega de jornais, revistas, periódicos. Já não são considerados monopólio. De fato, os correios, eles não são exclusivos nesse serviço que Vossa Excelência mencionou.

O sr. ministro Carlos Britto: Tanto melhor.

### ESCLARECIMENTO

A sra. ministra Ellen Gracie: Senhor presidente, Vossa Excelência me permite e o ministro Eros Grau, que é o líder da corrente divergente do doutíssimo voto do ministro relator, ministro Marco Aurélio?

Creio que, a prevalecer o encaminhamento que acaba de ser feito, há de o Tribunal então dar procedência integral à ação. Porque o pedido da ação se cinge, retirados todos os seus adereços, a definir o que seja “carta”, para efeito de manutenção do monopólio dos Correios. E se o Tribunal a isso está se dispondo, então nós temos que dar integral procedência à ação.

Mantenho a minha posição contrária, com todo respeito.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Na própria inicial se admite que os Correios permaneçam com os postados propriamente ditos; na própria inicial se admite que os Correios permaneçam, a Empresa Brasileira permaneça com...

A sra. ministra Ellen Gracie: Sim. A própria inicial admite que os Correios permaneçam apenas com as atividades deficitárias.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De cartas.

A sra. ministra Ellen Gracie: É esse o objetivo da ação.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É muito interessante a colocação.

O sr. ministro Cezar Peluso: Senhor presidente, eu não estive presente na última votação, nos últimos votos, mas Vossas Excelências me corrigirão. Se nove votos afirmaram, como parece terem afirmado, que a norma subsiste em relação às cartas, por nove votos a ação é julgada improcedente em relação às cartas. Disso não há dúvida nenhuma.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu só queria tirar uma dúvida.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não há dúvida nenhuma.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não há pedido.

A sra. ministra Ellen Gracie: Isso nem é pedido.

#### DEBATE

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu só queria tirar uma dúvida. Ministro Carlos Britto, no seu voto - eu tinha citado ontem e agora estou tentando lembrar -, Vossa Excelência disse: "Senhor presidente, neste primeiro momento inclino-me por entender que essa exclusividade [exclusividade da atividade de serviço dos Correios] à qual me refiro circunscreve-se às atividades que impliquem comunicação privada [estou falando de cartas] e comunicação telegráfica. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial [dizia Vossa Excelência] eu excluiria dessa atividade da União."

Que é exatamente o pomo da discórdia.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O nobre advogado-geral da União, ao assomar à tribuna, veiculou justamente isso, que já se observa certa distinção.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Porque aqui, portanto, o ministro Carlos Britto faz uma redução teleológica da expressão "cartas". Não estamos falando de encomendas e nem de impressos. A discussão sobre encomendas e impressos tem surgido exatamente porque tem havido solicitação - isto na série de discussões que nós tivemos - dos próprios Correios para a persecução criminal dessas empresas que fazem entrega de pacotes e de impressos etc. Portanto, aqui há uma certa confusão que precisa ser dirimida, porque os correios invocam o monopólio para esse fim.



Mas, então, em relação a “cartas” Vossa Excelência disse isso.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso foi na minha primeira manifestação, mas na sessão de ontem, por efeito da contribuição de Vossa Excelência...

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): De anteontem.

O sr. ministro Carlos Britto: De anteontem. Tem razão. Na sessão de anteontem, já por efeito da contribuição de Vossa Excelência, com seu alentado voto, trazendo a lume a discussão sobre a entrega dos impressos, eu enxuguei o meu voto na perspectiva de excluir tão só do serviço postal as encomendas e os impressos. Tudo o mais eu jogo no âmbito material de compreensão dessa dicção constitucional “serviço postal”.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Seria o quê? Correspondência pessoal?

O sr. ministro Carlos Britto: Mais do que isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não. Ele aceita como válido todo o conceito do artigo.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Porque tem entrega de talões de cheques, carnês, boletos de cobrança, encomendas, serviços de *currier*.

O sr. ministro Carlos Britto: Sobretudo boleto, por exemplo, de tributos.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E que não sejam tributos, um carnê de pagamento, que hoje é feito pela internet.

O sr. ministro Carlos Britto: Porque, senão, o governo, para deixar com a iniciativa privada a entrega de boleto de tributos, teria até de abrir uma licitação. E, assim não; essa entrega ficaria a cargo dos Correios.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: No caso de carnê de cobrança de uma loja de eletrodomésticos, por exemplo, que pode ser realmente enviado pela internet, o próprio pagamento pode ser feito hoje num caixa eletrônico, sem qualquer intervenção dos Correios.

O sr. ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, pelo que estou entendendo, este conceito restritivo de carta significa dizer que o Correio fica apenas com a carta escrita manualmente, que exclui inclusive a forma mecânica.

A sra. ministra Ellen Gracie: Qualquer documento múltiplo já foge a esse conceito.

O sr. ministro Cezar Peluso: Está aqui: “produzido por meios digital e mecânico”. Isto é, se for digitado, se for datilografado, se for qualquer outra coisa, ainda que se trate de comunicação personalíssima, não será carta e, portanto, ficará excluído do serviço postal.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Evidentemente, essa definição de “carta” é sob o ângulo formal, não do conteúdo nem da forma utilizada na redação!

O sr. ministro Cezar Peluso: O pedido é exatamente este: reduzir o conteúdo do objeto normativo a carta em sentido eu diria até antiquado.

O sr. ministro Eros Grau: Senhor presidente, nós votamos e não há seis votos afirmando a não recepção. Tudo isso que estamos discutindo hoje já foi votado.

O sr. ministro Cezar Peluso: Ministro Eros, só apoiando Vossa Excelência e reafirmando meu raciocínio inicial, achei ininvocáveis as normas trazidas. Recorri diretamente à Constituição, porque a Lei de Regência, a número 9.882, é textual: permite o julgamento com dois terços, que é *quorum* de julgamento, e não, do teor de decisão, isto é, *quorum* suficiente para julgar, não *quorum* suficiente para proclamar. Dois terços. Oito ministros.

O sr. ministro Carlos Britto: Quórum de reunião.

O sr. ministro Eros Grau: Observo somente que temos quase mil processos em pauta e os votos já foram dados. Teríamos de proclamar o resultado. A minha preocupação diz com a observação de Vossa Excelência, de que estamos decidindo sem efeito vinculativo. Acho que esse é um ponto que teríamos também...

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Por que nós temos esse impasse em relação ao art. 8º? Porque os §§ 1º e 2º da Lei 9.882/1999 foram vetados. E por que eles foram vetados? Estou lendo aqui. O que dizia o projeto aprovado no Congresso com relação à Lei 9.882/1999? Por isso é que não temos um paralelo perfeito com a Lei 9.868/1999:

§ 1º Considerar-se-á procedente ou improcedente a arguição se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos dois terços dos Ministros.

Portanto, exigiu-se como quórum e se exigiu também como critério de maioria para a votação.

Dizia o § 2º:

§ 2º Se não for alcançada a maioria necessária ao julgamento da arguição, estando ausentes Ministros em número que possa influir no julgamento, este será suspenso a fim de aguardar-se sessão plenária na qual se atinja o *quorum* mínimo de votos.

A mesma regra que conhecemos.

Por isso que isso foi vetado e temos esse impasse em não podermos fazer a aplicação direta que fazemos.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Mas, ministro, considerado isso, temos a pista do art. 5º da mesma lei, ao afirmar que o Supremo, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar, se para liminar precisa da maioria absoluta, como é que para dizer que não é recepcionado? Então, foi vetado; mas a pista para a teleologia da norma está naquela que cuida da decisão provisória. O que dirá a definitiva.



O sr. ministro Cezar Peluso: É medida de caráter provisório e exige maioria absoluta.

O sr. ministro Carlos Britto: Quanto mais uma decisão definitiva.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Além do quê, ministro Peluso, na esteira do que afirma Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, eu tenho uma proposta a fazer.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu tenho até uma dúvida agora.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Não, ministro, só para fechar. É que, no Estado de Direito, todo ato do poder público presume-se constitucional ou válido. Daí a observação feita pelo ministro Marco Aurélio relativamente ao mandado de segurança. Quando se questiona um ato do poder público, não se pode presumir que, num Estado de Direito, o poder age contra o Direito. Logo, se a norma está eficaz e não se considerou inválida nos termos do que está posto, não vejo como romper isso sem essa maioria absoluta, para apenas resolver o caso nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, considerando-se que aqui não se alcançou a maioria absoluta.

Apenas para deixar o meu ponto de vista que é na esteira exata do que disse o ministro Peluso.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Senhor presidente, creio que, pelo menos nesta assentada, não vamos chegar a uma conclusão sobre a matéria. E temos processos inseridos em pauta aguardando o pregão.

Proponho que se suspenda a conclusão do julgamento como está para, mediante reflexão dos integrantes do Supremo, chegar-se à solução que implique, como disse, jurisdição. Não concebo, a esta altura, simplesmente dizer que nada se decidiu a respeito. O objeto da ação não é a declaração de inconstitucionalidade de lei. O objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental é a prevalência de um direito fundamental.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Se pudesse votar, é como qualquer outro; é só votar.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Ministro Britto, eu fiquei agora com a impressão, depois que Vossa Excelência falou, de que, na verdade – eu contemplei esse seu voto, Vossa Excelência fez um reajuste de voto em relação ao art. 47, isso é o que estou entendendo –, está excluindo em comento, mas está entendendo que o conceito de carta, tal como está no art. 47, está hígido.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, não é bem isso, Excelência. Quando eu fiz aquele primeiro voto, eu tive o cuidado de explicitar que se tratava de um tema de difícil cognição, não só na prática, extremamente complexo, que levava a divergências radicais. Como à luz do próprio direito, todos nós tínhamos dificuldade em precisar o alcance material dessa dicção constitucional “serviço postal”. Está bem claro no meu primeiro voto. Depois disso, a ministra Ellen

Gracie trouxe um substancioso voto que me impressionou bastante, entre outras coisas, porque Sua Excelência falava de financiamento cruzado, dizendo que as receitas do serviço público, prestado pelos Correios e Telégrafos, se compensam, de sorte que algumas financiam outras.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): É o argumento extremado hoje presente nos veículos de comunicação e estampado nos jornais, de que haverá uma tragédia caso se observe a atuação privada propriamente dita.

O sr. ministro Carlos Britto: Não, mas é prático. Não é *ad terrorem*.

A sra. ministra Ellen Gracie: Argumento econômico.

O sr. ministro Carlos Britto: A ministra disse isso há meses atrás.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Retorno à Carta da República, no que prevê competir à União manter o serviço postal. E, evidentemente, ela recolhe impostos e poderá muito bem, em suplementação, alocar verbas.

O sr. ministro Carlos Britto: Perfeito. Assentei o regime juspublicístico do serviço, e não o jusprivatístico, na linha do voto do ministro Eros Grau. Eu nem sabia que na prática isso já estava excluído. Excluí, como efetivamente excludo, do âmbito material de incidência desta expressão "serviço postal", os impressos, a partir do voto de Vossa Excelência, proferido anteontem, e contemplo aquela minha primeira preocupação: também afastado do âmbito de incidência as encomendas, ou seja, os volumes entregues para destinação a terceiros.

Então, excluiria exclusivamente do meu voto ou do âmbito de incidência material dessa expressão constitucional "serviço postal" tão só os impressos e as encomendas.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, boletos, contas, Vossa Excelência deixaria no conceito de cartas?

O sr. ministro Carlos Britto: Deixaria.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Na verdade, então, temos maioria no sentido da improcedência.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Há cinco votos contrários.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não. São seis votos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Alguém mudou de voto?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Com o voto do ministro Carlos Britto nesse sentido temos seis votos no sentido da improcedência da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Da improcedência da ação?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim, da improcedência da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Foram os votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Eros Grau. Temos seis votos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu estava computando o voto de Vossa Excelência.



O sr. ministro Carlos Britto: Temos seis votos pela improcedência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Não, presidente, porque, na corrente da improcedência, estão os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e as ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie. São cinco votos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Temos seis votos no sentido da improcedência.

O sr. ministro Cezar Peluso: Sim. Seis votos.

O sr. ministro Carlos Britto: O meu conceito de carta não é reducionista. Pelo contrário, é ampliado.

O sr. ministro Cezar Peluso: Amplia. Portanto, julga quase totalmente improcedente.

O sr. ministro Carlos Britto: Isso. Perfeito!

A sra. ministra Cármen Lúcia: E recepcionada a norma.

O sr. ministro Cezar Peluso: Exatamente. E, portanto, recebida a norma.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Ninguém interpreta melhor o voto do que aquele que o prolatou. Longe de mim contestar o novo enquadramento que o ministro Carlos Ayres Britto está dando ao voto proferido que, a rigor, em bom vernáculo, implicou a procedência parcial do que pleiteado na peça primeira da ação.

O sr. ministro Carlos Britto: Se considerarmos a parte exclusivamente dispositiva da decisão, sim, mas imbricada com os fundamentos, não. Porque tenho fundamentos que não coincidem com os de Vossa Excelência. Pelo contrário. São radicalmente contra os fundamentos de Vossa Excelência.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Vossa Excelência mantém os fundamentos?

O sr. ministro Carlos Britto: Os meus fundamentos.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E dá a eles um misto de dispositivo?

O sr. ministro Carlos Britto: Por isso estou dizendo que o meu voto é muito mais atraído pelo voto do ministro Eros Grau do que pelo voto do ministro Marco Aurélio.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Até mesmo pela proximidade, Excelência!

O sr. ministro Carlos Britto: Física.

O dr. Luís Roberto Barroso (advogado): Senhor presidente, Vossa Excelência me permite uma consideração que é de fato, mas com uma implicação jurídica? A ministra Ellen Gracie, na sessão de anteontem, fez um comentário de que não caberia uma arguição de descumprimento de preceito fundamental apenas para pedir a definição de carta. De modo que, conciliando a posição do ministro Eros Grau com a da ministra Ellen Gracie, gostaria de propor um

encaminhamento de que se considera recepcionada a lei, mas que a definição do conceito de carta não é cabível numa arguição de descumprimento de preceito fundamental, na linha do que votou a ministra Ellen Gracie.

A sra. ministra Ellen Gracie: Então desista da arguição de descumprimento de preceito fundamental!

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Desista. Seria o melhor caminho.

O dr. Luís Roberto Barroso (advogado): Mas diante do impasse, verdadeiramente, se fosse possível, eu teria desistido. Mas a recepção, na linha do voto do ministro Eros Grau e da ministra Cármen Lúcia, sim. A questão de definição infralegal do que seja carta, aí já refoge se for recepcionado, com todo o respeito.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Cabe ao Congresso Nacional definir o que quer que seja.

O sr. ministro Cezar Peluso: A referida sugestão implica que todos os ministros refaçam os seus votos!

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): Senhor presidente, com a permissão do senhor ministro advogado-geral da União, gostaria de prestar alguns poucos esclarecimentos acerca do que hoje constitui, ou não, o monopólio dos Correios.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Já não temos mais oportunidade para discutir sobre essa questão.

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): É uma questão apenas de fato, Excelência. Então, eu gostaria de rápidas palavras, deixar bastante explicitado que ao Correio cabe a prestação de serviço postal de correspondência, valores e encomendas. E que a Lei 6.538 apenas considerou como monopolizadas, expressão que não é a mais adequada, mas exclusivas da ECT, o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, ou seja, carta, cartão postal e correspondência agrupada. "Encomendas" é serviço postal, porque nós precisamos levar às vezes o medicamento para todo o Brasil, mas também pode ser feito pela iniciativa privada, e impressos: jornais, livros e periódicos não são monopolizados, têm apenas tratamento tarifário diferenciado. Então, nos Correios a prática e a lei nos autorizam a agir dessa forma.

Nesse sentido, com autorização do senhor ministro, achei importante. "Encomenda" é serviço postal, porque nós precisamos fazê-lo em todo o Brasil, mas não é monopolizado.

O sr. ministro Carlos Britto: Não é exclusivo.

A dra. Maria de Fátima Morais Seleme (advogada): Não é exclusivo. E impresso também. Fazemos em todo o Brasil e com uma tarifa diferenciada porque se trata de jornais, periódicos, livros, etc. e nós não o fazemos com exclusividade. Apenas carta fechada ou aberta de interesse específico do destinatário, seja ela uma comunicação social, administrativa ou comercial.

Obrigada, Excelência.



O sr. ministro Cezar Peluso: Noutras palavras, se bem entendi o voto do ministro, coincide exatamente com a legislação que está em vigor.

O dr. advogado: Encomenda não é exclusivo, está bem, está resumido; não há divergência. Agora eu quero saber se um buquê de flores com um cartão é considerado correspondência agrupada.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Senhores ministros, vamos definir.

Eu queria relembrar que ontem eu julgava parcialmente procedente a arguição e aí eu fixava a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limitava-se ao conceito de carta, cartão postal e correspondência agrupada, nos termos do art. 9º. Aí, então, fazia a exclusão, não abarcando a distribuição de boletos - e dizia boletos bancários, contas de água, telefone e luz. Portanto, excluía do conceito de carta e nisso fui acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello. Eu entendia que estava também acompanhando o ministro Carlos Britto, mas Sua Excelência agora esclareceu que o seu entendimento em relação ao art. 47 é outro. Por isso estou dizendo: temos cinco votos no sentido da improcedência e a esses votos se soma o voto do ministro Carlos Britto.

O sr. ministro Carlos Britto: Perfeito.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, julgada improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Parece-me que é esse o encaminhamento adequado. E, claro, o ministro Marco Aurélio julgava procedente a arguição e ficaram vencidos o ministro Gilmar Mendes, ministro Ricardo Lewandowski e ministro Celso de Mello, em menor extensão.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: E quem redigirá o acórdão?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Redigirá o acórdão o ministro Eros Grau.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, ficou pendente uma questão muito importante, que é a da persecução penal. Porque os vários memoriais que eu recebi tratam exatamente da persecução penal que estão sofrendo aquelas empresas que estão fazendo a entrega de encomendas, de boletos, enfim, nessa linha que foi inclusive aventada da tribuna. Esse é um ponto absolutamente fundamental que nós temos que tomar uma decisão com relação a isso. Esse é um direito fundamental que está em jogo.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): Um diapasão maior ao voto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Há vários. E como o ministro Carlos Britto excluiu do monopólio, segundo entendi, agora as encomendas...

O sr. ministro Carlos Britto: Da exclusividade da prestação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Então, aqueles que entregam encomendas não podem ser objeto de persecução penal. Isso tem que ficar assentado com muita clareza, porque senão nós desencadearmos aí uma caça às bruxas.

O sr. ministro Eros Grau: Eu proponho que se vote esse ponto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Esse ponto é fundamental, porque isso é realmente um preceito fundamental.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): A improcedência estará bem-temperada.

O sr. ministro Eros Grau: Há duas opções: ou nós votamos agora ou discutiremos isso em *habeas corpus* futuros; reabriremos a discussão. Quanto a isso foi que eu me manifestei.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu proferi voto nesse sentido, ontem. Eu até havia me manifestado em maior extensão. Depois, restringi ao art. 42.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, esse é um ponto ferido na inicial, *data venia*, que não foi suficientemente esclarecido no Plenário.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Foi objeto inclusive de sustentação do doutor Arnaldo Malheiros.

O sr. ministro Eros Grau: Eu não estou absolutamente querendo dificultar nada. O que quero deixar claro é que eu não me manifestei sobre esse ponto. E acho que o ministro Joaquim Barbosa também não se manifestou. Isso não foi discutido. Então existem duas possibilidades: ou nós reabriremos e decidiremos essa matéria agora ou acabaremos apreciando-a no futuro em *habeas corpus* que chegarem aqui.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Entendo que enquanto não for proclamado o resultado do julgamento, o julgamento não terminou. Não podemos agora modular.

O sr. ministro Eros Grau: Uma alternativa. Eu não estaria absolutamente opondo obstáculo, ministro Ricardo Lewandowski.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, estou entendendo. Perfeitamente.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E por que não a procedência quanto ao preceito que revela o tipo penal? Apenas o preceito que revela o tipo penal.

O sr. ministro Eros Grau: Nós vamos ter que rediscutir isso, presidente.

O sr. ministro Cezar Peluso: Mas o art. 42 não é objeto da ação.

O sr. ministro Eros Grau: Isso não foi objeto de discussão.

O sr. ministro Cezar Peluso: Não é objeto da ação.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Tanto é que o ministro Gilmar Mendes expressamente fez alusão a ele. Eu fiz.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tanto é que eu declarava inicialmente em relação a todas as disposições.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O que está incomodando mesmo, presidente, além do afastamento da livre concorrência, é a glosa penal.



O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Sim, inclusive em matéria de encomenda que se diz que não é objeto.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E esse é um direito fundamental em jogo, na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O sr. ministro Eros Grau: É fundamentalmente a questão da oposição entre iniciativa ou... Agora, ou nós reabriremos a discussão sobre isso ou isso chegará aqui, no futuro, através de *habeas corpus* que cheguem ao Supremo Tribunal Federal. Deve haver alguns por aí.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Controle concentrado e controle difuso.

O sr. ministro Eros Grau: Mas isso não foi discutido, ministro. Eu não apreciei isso.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Eu sei. Vossa Excelência está apresentando as alternativas e eu estou expressando a minha opinião nesse sentido.

A sra. ministra Ellen Gracie: Eu recebi também esses memoriais e tenho certa dúvida de que efetivamente esteja ocorrendo alguma persecução criminal se nem a lei, nem a prática excluem essas encomendas, do âmbito da iniciativa privada. Quer dizer, se eventualmente houve uma iniciativa policial nesse sentido será facilmente derrubada.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Para mim, as assertivas dos advogados têm fé pública.

A sra. ministra Cármen Lúcia: Além do quê, ministra Ellen Gracie, o art. 42, ao afirmar a violação do privilégio postal – privilégio foi exatamente o regime que foi afirmado nos nossos votos pela improcedência –, o regime fixou essa situação. Ora, se não está acontecendo exatamente como posto, a norma foi recepcionada e a aplicação dela. Então, o fundamento nem era do ministro Ricardo Lewandowski

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Eu fundamentei exatamente no caráter aberto deste tipo, quer dizer, contrariar monopólio nos termos ou nas condições estabelecidas.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Nós temos que, de certa maneira, dar uma definição a esse tipo.

O sr. ministro Cezar Peluso: O que está me parecendo, senhor presidente, é que a subsistência do art. 42, ainda que restrito, é consequência direta do pedido. O pedido, na verdade, diz o seguinte: existe, sim, “o monopólio ou serviço privativo” com todo o regime legal correspondente ao objeto específico, não aos outros que a petição inicial considera fora do monopólio.

Noutras palavras, não se pede que o art. 42 seja de modo absoluto declarado incompatível com a Constituição, porque também é preceito secundário tendente a garantir o que seria o monopólio residual.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Ontem eu trazia essa discussão, mostrando a largueza, a amplitude, o caráter do tipo flagrantemente aberto do art. 42. E, na prática, nós vimos isso na discussão. Infelizmente ela já está muito distante no tempo, mas houve várias sustentações. Para este aspecto penal, na verdade, trouxe sustentação específica o doutor Arnaldo Malheiros, mostrando que se usava muitas vezes o inquérito criminal, o inquérito penal, para fazer valer o monopólio. Era isso que estava em discussão. Por isso a questão foi posta.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E nós podemos examinar a compatibilidade de uma cláusula dessa, aberta, de caráter quase que indeterminado, com a Constituição Federal, porque envolve tipicamente direito fundamental.

O sr. ministro Celso de Mello: Porque isso compromete a função de garantia do tipo penal, que representa uma emanção do próprio texto da Constituição.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Sem dúvida nenhuma. *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*. Aí a *lege* está muito aberta.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): E se ficará, de qualquer forma, no campo da responsabilidade civil e administrativa.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Senhor Alkimin.

O dr. Alkimin (advogado): Represento aqui junto com doutor Malheiros a Abraec, que figura como *amicus curiae*, que suscitou exatamente essa questão em relação ao art. 42.

Só para rememorar, depois da sustentação do doutor Malheiros, o próprio então procurador-geral da República, doutor Cláudio Fonteles, aderiu neste específico ponto à procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, reconhecendo que, de fato, não há compatibilidade com a Constituição.

Só para rememorar à Corte esse aspecto.

O sr. ministro Eros Grau: Eu vou pedir vista novamente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Para examinar esse ponto.

O sr. ministro Eros Grau: Se vamos discutir isso, peço vista.

A sra. ministra Ellen Gracie: Acho que não é o caso.

O sr. ministro Eros Grau: Mas eu não posso porque já foi proclamado?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Vossa Excelência quer vista em mesa?

O sr. ministro Eros Grau: Eu pediria vista para examinar essa matéria, porque é uma nova questão.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Não, não é uma nova questão.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Não, ela não é nova. Só que ela não foi examinada pelo Plenário, ou pelo menos por alguns ministros.



O sr. ministro Eros Grau: Permitam-me explicar. Nós votamos. Votamos o quê? A recepção ou não recepção da lei toda. Houve seis votos no sentido da improcedência. Então terminou. Acho que terminou. A ação é improcedente.

O sr. ministro Cezar Peluso: A lei toda é considerada incompatível com o ordenamento em vigor.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas o próprio ministro Carlos Britto exclui as encomendas?

O sr. ministro Eros Grau: A ação é improcedente.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas o próprio ministro Britto excluiu as encomendas. Quer dizer, se alguém distribuir encomenda, está enquadrado no art. 42? É uma questão que está aberta. Porque o Plenário não decidiu isso. Nesse aspecto houve um empate.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): O voto do ministro Carlos Britto me acompanhava no que diz respeito à inconstitucionalidade da lei penal, do art. 42. Não era isso?

O sr. ministro Carlos Britto: Exclusivamente quanto à constitucionalidade do art. 42.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, a soma dos seis votos diz respeito à substância do serviço postal. Agora, quanto à questão do art. 42, não há maioria absoluta.

O sr. ministro Marco Aurélio (relator): O ministro Eros Grau fica com vista do processo?

O sr. ministro Eros Grau: Não, vamos devagar. Não é assim não.

O sr. ministro Cezar Peluso: A pergunta que acho que a Corte deve fazer-se é se quem viola o serviço privativo, ou, em outros termos, o monopólio, por exemplo, quanto a cartas, fica, ou não, sujeito a esse tipo penal?

O sr. ministro Eros Grau: Mas é óbvio. Isso é de uma clareza para mim meridiana.

O sr. ministro Cezar Peluso: Essa é a pergunta: fica ou não fica sujeito a este tipo? Isto é, quem passe, por exemplo, a transportar cartas *stricto sensu*, concorrendo com o serviço postal da União, comete, ou não, comete o crime previsto no art. 42?

O sr. ministro Eros Grau: Comete. Agora, no caso de encomenda, foi esclarecido aqui que não está incluído no conceito de exclusividade. Mas, como observou a ministra Ellen Gracie, essa não é uma matéria que se tenha efetivamente suscitado.

O que me preocupa, senhor presidente, é que estamos num momento de proclamação, já há seis votos pela improcedência, e das duas uma: ou nós proclamaremos e aguardaremos os processos que chegarão - se há o problema, eles chegarão -, ou então reabriremos tudo, e isso será seguramente um fato inusitado na Corte.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Senhor presidente, peça a palavra.

O art. 42 diz o seguinte:

Constitui crime:

Art. 42. Coletar, transportar, transmitir ou distribuir, sem observância das condições legais [ou seja, um conceito muito vago], objetos de qualquer natureza [também um conceito mais vago ainda] sujeitos ao monopólio da União [que não foi definido com clareza pelo Plenário desta Corte], ainda que pagas as tarifas postais ou de telegramas. Pena: detenção, até dois meses, ou pagamento não excedente a dez dias-multa.

Parece-me, senhor presidente, que compete ao Plenário, com a devida vênia, decidir se um tipo penal com esta largueza, com esta abertura é ou não compatível com a Constituição. Eu penso, com todo respeito, que não.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Isso não é objeto do pedido.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Isso é objeto do pedido, sim.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Foi pedido. O Ministério Público se manifestou sobre isso. Nós nos manifestamos.

O sr. ministro Joaquim Barbosa: Não, o pedido é absolutamente vago.

Leio o pedido, o que sobeja do pedido e que remotamente talvez tenha alguma conexão com o art. 42:

Declarar, nos termos do art. 11 da Lei 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei 6.538, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondência;

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Mas nós não rigorosamente estamos adstritos à inicial. E *data venia*, esta discussão está compreendida na inicial.

O sr. ministro Cezar Peluso: Sob pena de ser considerado inepto – e não é caso de inaptidão, a meu ver –, tem que ser compatibilizado com o que está na letra c.

Na verdade, não se quer declarar a inconstitucionalidade total da lei. O que se quer declarar é que ela é abrangente demais, que o seu conteúdo compatível com a Constituição é menor. Menor em que sentido? Tudo o que está na lei vale e é compatível como exclusão, desde que se restrinja à carta no sentido que está discriminado no inciso VI. Só isso.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Mas se Vossa Excelência assenta desta forma, dizendo que interpreta o art. 42 em consonância com o art. 9º, exclusivamente no que concerne, portanto, à cartas, cartões postais e a correspondências agrupadas, o assunto está resolvido.

O sr. ministro Cezar Peluso: Quanto a isso não tenho dúvida.

O sr. ministro Eros Grau: Então, abro mão do meu pedido de vista.



O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Qual é a solução?

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Interpretar o art. 42 em consonância com a expressão do monopólio do art. 9º da lei. Portanto, retira essa abertura das condições.

O sr. ministro Cezar Peluso: Claro. Quanto a isso, estou de acordo.

O sr. ministro Eros Grau: Que isso conste inclusive do acórdão.

O sr. ministro Carlos Britto: Está correta a interpretação de Vossa Excelência. Faz-se a interpretação do art. 42 conjugadamente com o art. 9º.

O sr. ministro Cezar Peluso: Excluem-se os abusos e restringe-se o que é próprio do monopólio.

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: E que conste do voto, o que assentado da tribuna pela digna representante jurídica dos Correios e Telégrafos.

O sr. ministro Carlos Britto: Mas essa conciliação hermenêutica resolve.

O sr. ministro Cezar Peluso: Estou de acordo, senhor presidente.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Portanto, a interpretação conciliatória do art. 42.

O sr. ministro Celso de Mello: Com o art. 9º da Lei Postal.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Com o art. 9º da Lei Postal, evitando, portanto, essas situações de pouca clareza e de insegurança jurídica.

Fixamos, então, esta interpretação: julgamos improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e fixamos a interpretação conforme o art. 42. Vencido na primeira parte quanto à improcedência o ministro Marco Aurélio e, parcialmente, o presidente e os ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski no que diz respeito a conceito de "carta".

O sr. ministro Ricardo Lewandowski: Monopólio, para mim, se cinge à correspondência pessoal e à emissão de selos.

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Tal como eu também havia formulado.

Portanto, está resolvida esta questão.

## VOTO

O sr. ministro Gilmar Mendes (presidente): Conforme relatado pelo ministro Marco Aurélio, esta arguição de descumprimento de preceito fundamental foi formalizada pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição (ABRAED), apontando-se como arguida a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), vinculada ao Ministério das Comunicações.

Ainda segundo o relator, a inicial descreve a criação, no território nacional, de diversas empresas de distribuição, visando a atender à demanda do mercado de serviços de logística, movimentação de materiais, manuseio, distribuição de malotes, revistas, periódicos, pequenas encomendas, leitura e entrega de conta de luz e gás, entre outras atividades.

Relata a inicial que tais atividades desencadearam

uma verdadeira cruzada nacional para expurgar a concorrência e banir do mercado todas as empresas congregadas pela arguente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a arguida 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). [Fl. 10.]

Para a arguente, o mencionado monopólio é inconstitucional, pois configura, na verdade, eliminação da livre concorrência e do primado da iniciativa privada (art. 1º, IV, c/c art. 170, *caput*, IV e parágrafo único, da CF), uma vez que não se insere entre as hipóteses do art. 177 da Constituição Federal. Formula, ao final, os seguintes pedidos:

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 art. 11 da Lei n. 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei n. 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências”;

c) também nos termos do art. 11 da Lei 9.882/1999, 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 arguida, 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 talões de cheques, cartões de crédito, etc.”.

O ministro **Marco Aurélio**, relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para



**declarar que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 os arts. da Lei 6.538/1978** que disciplinaram o regime da prestação do serviço postal como monopólio exclusivo da União – ou, mediante sutil jogo de palavras, em regime de “controle/privilégio exclusivo”, conforme quer fazer crer a Advocacia-Geral da União, em memorial entregue a esta Corte – a ser executado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, o que viola os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica, respectivamente disciplinados na Carta Política de 1988 nos arts. 1º, IV, 5º, XIII, 170, cabeça, IV, e parágrafo único. [G.n.]

Para Sua Excelência, o significado do verbo “manter”, expresso no inciso X do art. 21 da CF, não é o mesmo de tempos passados. Após considerações sobre o modelo de Estado Social e o de Estado interventor, Sua Excelência asseverou ser “necessária a devolução das atividades que ainda são prestadas pelo poder público à iniciativa privada”, no bojo do programa de reforma do Estado brasileiro. E concluiu:

Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no direito administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei 6.538/1978, especialmente o texto do art. 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.

Afastado o monopólio do serviço postal, o ministro Marco Aurélio avança o exame do enquadramento do referido serviço nas áreas de atuação estatal. Para tanto, procura demonstrar que “nenhuma atividade é, em si mesma, serviço público”, razão pela qual não há critério ontológico a nortear a matéria. Para Sua Excelência, o serviço postal insere-se, no contexto atual, no denominado Terceiro Setor e, pois, como serviço não exclusivo:

No caso, melhor alcança o interesse da coletividade a garantia de que o serviço postal, em suas diversas modalidades, possa ser prestado em regime de concorrência entre as diversas empresas que disputam o mercado consumidor, porquanto tal modelo induz à busca constante de melhorias tecnológicas e consequente queda dos preços

oferecidos pelo serviço. Os serviços postais enquadram-se, desse modo, no Terceiro Setor, hipótese em que a atividade pode e deve ser prestada por particulares, sem que isso signifique a diminuição da alta relevância social do desempenho de tais misteres. Ao revés, ocorrerá até uma maior intervenção estatal por meio da regulação, ao lado dos já regulados serviços de educação, saúde, telecomunicações, energia elétrica.

A leitura da Constituição Federal de 1988, para o eminente relator, corroboraria sua tese, na medida em que o legislador constituinte, diferentemente do que dispôs em relação aos serviços de telecomunicações (art. 21, XI, CF) e de energia elétrica (art. 21, XII, *b*, CF), não se referiu à exploração estatal direta ou à exploração mediante autorização, concessão ou permissão no que diz respeito ao serviço postal (art. 21, X, CF).

Por outro lado, a Constituição é exaustiva em relação ao monopólio da atividade econômica, nos termos do art. 177, sem que haja qualquer referência ao serviço postal.

Assim, Sua Excelência afirma que “somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo ‘manter’, a compelir a União a assumir o ônus relativo aos serviços postais, significa na verdade ‘prestação direta ou mediante delegação a empresa pública, em regime de reserva de mercado’”.

Em síntese, o voto do eminente ministro Marco Aurélio confere o seguinte significado ao inciso X do art. 21 da CF:

No caso e ante as peculiaridades envolvidas, “manter”, na verdade, significa um conjunto de serviços que devam ser garantidos necessariamente pela União, o que abrangeria, inclusive, eventual exigência de prestá-los diretamente, quando não houver interesse econômico suficiente à implementação da atividade em determinados pontos do território nacional. Funciona como espécie de aval que a União concede aos cidadãos, obedecidos os princípios de continuidade e de universalidade dos serviços.

O ministro **Eros Grau**, por sua vez, votou pela improcedência desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Entende Sua Excelência que o serviço postal é serviço público, porquanto a própria Constituição, ao destacar tal atividade, fê-lo exatamente para distingui-la da atividade econômica em sentido estrito. Embora a Lei 6.538/1978 tenha se referido, equivocadamente, a monopólio da atividade estatal, trata-se, na verdade, de privilégio da administração na prestação do serviço postal, uma vez que a denominação “monopólio” é “de atividade econômica em sentido estrito”.



Em resumo, assevera:

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 e permissão.

Para Sua Excelência, o argumento de que o serviço postal é atividade econômica no sentido estrito não se sustentaria na medida em que a Constituição, para assim defini-lo, deveria ter expressamente reconhecido esse serviço como livre à iniciativa privada, "tal como fazem os arts. 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".

Em voto-vista, o ministro **Joaquim Barbosa** manifestou-se também pela improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental, acompanhando a divergência. Posiciona-se pela definição do serviço postal como serviço público, reportando-se à doutrina brasileira e ao fato de a atividade em apreço ser de "interesse geral de toda a coletividade". Para Sua Excelência, a Constituição, "ao falar em 'manter o serviço postal', determinou que cabe à União assegurar a sua execução em todo o território nacional". Fixada essa premissa, o ministro Joaquim Barbosa observou que cabe ao legislador definir se o serviço postal pode ou não ser prestado por delegatários da União. Nesse ponto, concluiu:

Entendo que a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial (no qual incluo as cobranças de débitos) **deve ser tratada pelo legislador ordinário**, a quem cabe estabelecer as hipóteses de prestação desse serviço pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão e permissão. [G.n.]

O ministro **Cezar Peluso** acompanhou a divergência. Para Sua Excelência, o fato de a Constituição ter atribuído tal atividade à União é suficiente para configuração do serviço público. Assim, votou pela improcedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ministra **Ellen Gracie**, em voto-vista, também julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ao concluir ser a atividade postal serviço público, e não atividade econômica, cuja prestação é exclusiva do Estado. Para tanto, fez considerações sobre o art. 177 da CF, que não indica o serviço postal entre as atividades sob monopólio.

Já o ministro **Carlos Ayres Britto** julgou procedente em parte a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Inicialmente entendeu ser a atividade postal serviço público, que, diferentemente dos demais, **não é passível sequer “de transpasse para a iniciativa privada, mediante os conhecidos institutos da autorização, da concessão e permissão”**. Quanto à caracterização das espécies de atividade postal que seriam consideradas como serviço público, Sua Excelência entendeu

que essa exclusividade a qual me refiro circunscreve-se às atividades que **impliquem comunicação privada e comunicação telegráfica**. Aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial, eu excluiria dessa atividade da União. [G.n.]

E concluiu:

Então, julgo procedente em parte, para dizer (...) que a recepção da Lei 6.538/1978 pela Carta Magna de 1988 se restringe às atividades relacionadas com **entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos**. [G.n.]

Cheguei a manifestar-me pelo acolhimento da arguição apenas em relação aos arts. 42, 43, 44 e 45 da Lei 6.538, os quais se referem a tipos penais. No mais, julguei improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

**Em síntese, o relator, ministro Marco Aurélio votou pela procedência da arguição de descumprimento de preceito fundamental; o ministro Eros Grau manifestou-se pela improcedência, no que foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie. O ministro Carlos Britto julgou a arguição de descumprimento de preceito fundamental procedente em parte.**

O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do ministro **Menezes Direito**, que, posteriormente, **afirmou sua suspeição**, razão pela qual os autos retornaram a esta Presidência, **momento em que pude reexaminar a questão em maior profundidade. Aproveito, então, para reajustar meu voto.**

Há controvérsia sobre o critério para se definir se determinada atividade é ou não serviço público. Seria matéria reservada exclusivamente ao legislador ou poder-se-ia definir o serviço público a partir do exame do contexto histórico em que se insere certa atividade?

Antes de reafirmar meu posicionamento, revisitarei brevemente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.



O STF afirmou, nos autos do RE 229.696/PE, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, DJ de 19-12-2002, ao examinar a aplicação do regime de precatório à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), na própria ementa do julgado, que essa empresa pública “não exerce atividade econômica e presta **serviço público** da competência da União Federal e por ela mantido.”

O ministro Ilmar Galvão, então relator originário, ficou **vencido**. A tese de Sua Excelência era a de que o serviço postal

**não se trata de serviço público inerente ao Estado**, mas de atividade econômica exercida em forma de monopólio estatal, o que, como visto, não pode conferir à ECT posição privilegiada em face das empresas privadas. [G.n.]

O voto condutor coube ao ministro Maurício Corrêa, que sustentou ser a ECT empresa pública prestadora de serviço público e, por conseguinte, submetida ao regime de precatório. Após transcrever o teor do art. 173, *caput*, da CF de 1988, Sua Excelência afirmou que “não há como inferir que seja dispensável a expedição de precatórios nas execuções contra empresas públicas que exerçam atividade **tipicamente estatal**”. Afirmou, ainda:

Note-se que as **empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado**, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. Assim, o fato de as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica estarem sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas não significa que a elas sejam equiparadas sem qualquer restrição. [G.n.]

Ao acompanhar a divergência inaugurada pelo ministro Maurício Corrêa, o ministro Nelson Jobim reportou-se às lições de Ruy Cirne Lima a propósito do critério para a definição de determinada atividade como serviço público:

É preciso *Cirne Lima*:

**A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição.**

No caso em exame, o sistema constitucional brasileiro de 1967, 1969 e 1988, como já vinha de antes, tem, expressamente, o serviço postal como de competência da União.

**É, por decisão constitucional, um serviço que integra os “fins do Estado”.**

É, por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público.

E, como tal, não consiste, por força da opção constitucional, em “exploração de atividade econômica” do setor privado, pressuposto para a incidência da regra constitucional de equiparação.

É o caso da ECT. [G.n.]

A matéria voltou a ser tratada nos autos do RE 407.099/RS, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 6-8-2004, oportunidade em que o STF, ao examinar a incidência da imunidade tributária (art. 150, VI, a, CF) em relação à ECT, expressamente afirmou tratar-se de empresa pública prestadora de serviço público:

*Ementa: Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. I – As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. II – Recurso extraordinário conhecido em parte e, nessa parte, provido. [RE 407.099, rel. min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 6-8-2004 – G.n.]*

Recentemente, o STF manifestou-se novamente sobre a matéria nos autos da ACO 765-1, ajuizada pela ECT contra a cobrança do imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA), **enquanto no desempenho de suas atividades típicas**. O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido, afastando a tese de que a ECT, no que diz respeito a sua atividade-fim (serviço postal) seria atividade econômica:

Na linha da orientação firmada no julgamento da ACO 959/RN (DJE de 16-5-2008), no sentido de que a norma do art. 150, VI, a, da CF alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, o Tribunal, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação cível originária proposta pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) contra o Estado do Rio de Janeiro, para afastar a cobrança do IPVA, bem como as sanções decorrentes da inadimplência do tributo. **Vencidos os ministros Marco Aurélio, relator, e Ricardo Lewandowski, que julgavam o pleito improcedente, por reputarem inaplicável, à autora, a imunidade recíproca, haja vista ser ela empresa pública com natureza de direito**



privado que explora atividade econômica. Vencido, parcialmente, o ministro Joaquim Barbosa, que julgava o pedido procedente em parte. Em seguida, o Tribunal, também por votação majoritária, resolveu questão de ordem, suscitada pelo ministro Menezes Direito, para autorizar os ministros a decidirem, monocrática e definitivamente, nos termos da decisão desta ação cível originária, recursos e outras causas que versem sobre o mesmo tema. Vencido, no ponto, o ministro Marco Aurélio. ACO 765/RJ, rel. min. Marco Aurélio, rel. p/ o ac. min. Menezes Direito, 13-5-2009. (ACO-765). [Informativo 546/STF - G.n.]

Vê-se que esta Corte já se manifestou no sentido de que a ECT, no que se refere à atividade postal, presta serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito.

O critério para a definição do serviço postal como serviço público decorre de comando expresso da Constituição. Quero dizer: a Constituição Federal, ao dispor que compete à União “manter o serviço postal e o correio aéreo nacional” (art. 21, X) retirou da iniciativa privada determinada atividade por reconhecer nela relevância suficiente a atrair a noção de serviço público. Caso se optasse pelo tratamento da matéria como atividade econômica sob o pálio do monopólio estatal, o serviço postal estaria indicado no art. 177 da CF. Isso, porém, não ocorre.

O reconhecimento do **critério legislativo** – norma legal ou constitucional – para definir certa atividade como serviço público resulta do respeito à própria iniciativa privada, que, em regra, é livre para exercer suas atividades. Assim, somente o legislador poderá excepcionar tal regra. A conclusão, evidentemente, não retira a possibilidade de se examinar a razoabilidade de determinada lei que retire da iniciativa privada certa atividade para designá-la como serviço público.

Na espécie, porém, não se trata disso, **uma vez que é a Constituição que destaca o serviço postal para lhe dar tratamento diferenciado em relação à iniciativa privada ou em relação à atividade econômica em sentido estrito.**

Quanto ao critério legislativo para configuração de certa atividade como serviço público, há menção às lições de Ruy Cirne Lima, feita pelo ministro Nelson Jobim nos autos do RE 229.696-7/PE, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, DJ de 19-12-2002, já transcrito:

A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição.

Há, também, manifestação do ministro Eros Grau, nos autos da ADI 2.847-2/DF, rel. min. Carlos Velloso, DJ de 26-11-2004, reportando-se às lições de Luís Roberto Barroso. Nesse julgado, examinaram-se leis do Distrito Federal que tratavam da exploração de loterias. Afirmou o ministro Eros Grau:

**Não há dúvida de que a exploração de loterias é serviço público. Afirmando-o, é Luís Roberto Barroso quem diz – Revista de direito administrativo. v. 220 – que “são serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica. [G.n.]**

Acrescento a seguinte passagem do artigo referido pelo ministro Eros Grau:

Uma questão, todavia, permanece em aberto: a quem incumbe a definição das atividades que devam ser consideradas mais relevantes e necessárias à coletividade (elemento material), assumidas direta ou indiretamente pelo Estado (elemento subjetivo) e sob regime jurídico total ou parcialmente público (elemento formal)? A resposta é singela e nela parece se resolver, atualmente, a problemática conceituação jurídica de serviços públicos: à lei.

(...)

**O elemento normativo torna-se, assim, imprescindível. São serviços públicos as atividades que a lei definir como tal, submetendo-as a uma disciplina específica. [BARROSO, Luís Roberto. Loteria – Competência Estadual – Bingo. RDA 220, p. 263 – G.n.]**

Maria Sylvia Zanella Di Pietro corrobora o entendimento:

É o Estado, por meio de lei, que escolhe quais atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos arts. 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria; [DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed., São Paulo: Atlas, p. 101-102, 2009.]



Concluo, portanto, que o serviço postal previsto no inciso X do art. 21 da CF é serviço público. O entendimento funda-se sobretudo em interpretação sistemática do texto constitucional. Ora, caso assim não fosse, ou seja, caso se tratasse de mera atividade econômica, que poderia admitir a atuação estatal por razões de interesse público, não haveria necessidade do disposto no art. 21, X, da CF. Seria suficiente o comando do art. 173 da CF, que se refere às hipóteses de atuação estatal direta na atividade econômica por razões de segurança nacional ou interesse coletivo.

**De todo modo, mesmo considerando que a atividade postal é serviço público, não há como negar o tratamento constitucional peculiar sobre esse serviço.**

Diferentemente do que dispõem os incisos XI e XII do art. 21 da CF, **não há**, no inciso X, referência à exploração direta ou mediante concessão, permissão ou autorização da atividade:

Art. 21. Compete à União:

(...)

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

Entendo que a utilização do verbo “manter”, ao invés de “explorar diretamente (...)”, significa que a Constituição concedeu ao legislador ordinário alguma flexibilidade quanto à escolha adequada do modo pelo qual a administração assegurará a prestação do serviço postal a toda sociedade. **Não há como negar que o verbo manter, nesse contexto normativo, é mais abrangente do que “explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”.**

Dessa forma, o legislador ordinário poderá, por exemplo, determinar que o serviço postal seja prestado por exploração direta pela administração pública; pela exploração indireta, mediante autorização, concessão ou permissão; ou por outros meios, inclusive a execução pela iniciativa privada, nos termos da legislação, mantendo a União o papel de ente regulador.

Não sem razão, a Constituição, em outra oportunidade, faz expressa alusão ao serviço postal, agora para dar ênfase à competência legislativa sobre a matéria:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

V - serviço postal. [G.n.]

O tratamento constitucional é realmente **peculiar**, porquanto, ao limitar-se a utilizar o verbo **manter** em relação ao serviço postal, admite que essa específica atividade seja prestada por outros meios além da clássica concessão ou permissão de serviço público, **desde que o legislador ordinário assim disponha**.

O fato de o art. 21, X, não ter feito referência às modalidades delegatórias de concessão, permissão ou autorização significa, enfim, que o legislador ordinário não estará limitado às hipóteses do art. 175 da CF ("Art. 175. 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").

Importante destacar que a Lei 9.074/1995, que estabelece normas para outorga de concessões e permissões de serviços públicos, no art. 1º, VII, **dispõe que se sujeitam ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, os serviços postais** (inciso incluído pela Lei 9.648/1998).

O ministro Marco Aurélio nos deu notícia do projeto de Lei 1.491/1999, que dispunha sobre a delegação do serviço postal, cujas características aproximavam-se do modelo das telecomunicações (Lei 9.998/2000). Não é o momento para atestar a constitucionalidade deste ou daquele modelo, **porém pode-se afirmar, a partir da Constituição, que a delegação do serviço postal é admissível, desde que o legislador assim discipline**.

Observo, também, que o modelo de franquia postal é tratado na Lei 11.668, de 2-5-2008, bem como no Decreto 6.639, de 7-11-2008, os quais estabelecem as regras para a implantação e manutenção de franquia postal, dispondo, inclusive, acerca da obrigatoriedade de procedimento licitatório. Sobre o objeto da franquia, dispõem os §§ 1º e 2º do art. 2º do referido decreto:

Art. 2º A implantação e a manutenção da atividade de franquia postal será realizada, exclusivamente, pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, sob a supervisão do Ministério das Comunicações, na forma da Lei n. 6.538, de 22 de junho de 1978, e deste Decreto, no desempenho de atividades auxiliares relativas ao serviço postal, consoante o disposto no § 1º do art. 1º da Lei n. 11.668, de 2 de maio de 2008.

§ 1º As atividades auxiliares relativas ao serviço postal consistem na venda de produtos e serviços disponibilizados pela ECT, incluindo a produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas, que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais.

§ 2º As atividades de recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, inerentes à prestação dos serviços postais, não se confundem com as atividades auxiliares relativas ao serviço postal, não podendo ser objeto do contrato de franquia. [G.n.]



Evidentemente, a franquia postal não se confunde com a clássica concessão e permissão de serviço público, o que já revela que o legislador pode dispor sobre a execução do serviço postal para além das hipóteses do art. 175 da CF, desde que respeitados os princípios constitucionais, especialmente os da administração pública.

O que deve nortear o intérprete na aplicação do regime do serviço público é o respeito à universalidade e à prestação de serviço adequado ao cidadão. Considerando a importância da atividade postal e a dimensão continental do território brasileiro, tais aspectos ganham ainda maior relevo.

Há relatos de que comunidades que integram Estados da Federação ainda não têm acesso fácil a agências da ECT.

Imaginemos as comunidades do arquipélago do Bailique, localizado no Amapá, no meio do Rio Amazonas, também conhecido como Rio-Mar. O simples deslocamento para a cidade de Macapá demanda uma viagem de barco de cerca de um dia e meio. É natural que a iniciativa privada não tenha interesse nesse mercado. **Não por outra razão a Constituição destacou o serviço postal, cabendo à União mantê-lo.**

A universalidade e a eficiência do serviço postal constituem o núcleo a ser preservado pelo legislador. Não se pode olvidar, nesse ponto, que **o serviço postal foi contemplado pela ordem constitucional de 1988 como garantia institucional.**

O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa (cf. KREBS. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*. Cit., p. 617-623).

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo (Cf. PIEROTH/ SCHLINK. *Grundrechte: Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 53).

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput* e § 1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das

universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição (SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Cit., p. 182).

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos “conformadores” e concretizadores de alguns direitos (Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*. 4. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1999, p. 327).

Em estudo doutrinário, tive a oportunidade de salientar que as garantias institucionais desempenham função de proteção de bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais. Esclarece Paulo Bonavides que a denominação “garantia institucional” deve-se a Carl Schmitt, que também “a separou dos direitos fundamentais, deixando bem claro que o sentido dela era o de ministrar uma proteção especial a determinadas instituições” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 495). Prossegue o constitucionalista, ensinando que “a garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição (...), preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal ocorresse, implicaria já o perecimento do ente protegido” (BONAVIDES, Curso. Cit., p. 497). Se essas garantias se ordenam a resguardar certos institutos jurídicos, não chegam a esmiuçar todos os elementos deles – tarefa a cargo do legislador, a quem se haverá de reconhecer liberdade de conformação.

As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas, de ordem pública e privada. A garantia da família (art. 226) e a da autonomia da universidade (art. 207) exemplificam essa categoria de normas entre nós.

Quando a Constituição dispõe, em seu art. 21, X, que cabe à União manter o serviço postal, e, em seu art. 22, V, prescreve que compete à União legislar sobre o tema, ela impõe o dever constitucional (*Verfassungsauftrag*) de proteger o núcleo essencial dessa atividade, num contexto de complexa mutação das circunstâncias fáticas.

Cabe à União, portanto, tendo em vista o contexto econômico, social e tecnológico, avaliar o modelo de prestação do serviço postal em determinado cenário, com vista a preservar a universalidade e eficiência desse serviço público.

A pretensão da arguente de restringir o significado da palavra “carta” merece atenção, na medida em que a Lei 6.538/1978, ao tratar das espécies de serviço postal que serão consideradas como “monopólio”, apenas indicou a carta, o cartão-postal e a correspondência agrupada, além da fabricação de selos e outras formas de franqueamento postal. É o que dispõe o art. 9º da lei:



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.

Independentemente da leitura que se fizer do termo "monopólio", fica claro o significado de exclusividade na prestação da atividade, ou seja, somente a União poderá receber, transportar e entregar cartas, cartões-postais e correspondência agrupada. Tais conceitos foram tratados pela lei:

Art. 47. Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

**Carta** - objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informação de interesse específico do destinatário.

**Cartão-postal** - objeto de correspondência, de material consistente, sem envoltório, contendo mensagem e endereço.

**Correspondência** - toda comunicação de pessoa a pessoa, **por meio de carta**, através da via postal, ou por telegrama.

**Correspondência agrupada** - reunião, em volume, de objetos da mesma ou de diversas naturezas, quando, pelo menos um deles, for sujeito ao monopólio postal, remetidos a pessoas jurídicas de direito público ou privado e/ou suas agências, filiais ou representantes.

A despeito da abrangência do conceito, é possível diferenciar "carta", "cartão-postal" e "correspondência agrupada" dos conceitos de "encomenda" e "impresso", na medida em que a lei, no citado art. 9º, não os indicou entre as atividades sob monopólio da União.

**Isto é, nem todos os serviços postais estão submetidos ao "monopólio" ou prestação exclusiva da União. Logo, os serviços postais abrangidos pelo "monopólio" devem ser interpretados restritivamente.**

Eis os conceitos da lei a propósito das atividades não submetidas ao regime de monopólio:

Art. 47. Para os efeitos desta Lei, são adotadas as seguintes definições:

(...)

**Encomenda** - objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal.

**Impresso** - reprodução obtida sobre material de uso corrente na imprensa, editado em vários exemplares idênticos.

Parece mais apropriado incluir jornais, periódicos e boletos no conceito de encomenda ou impresso e não no de carta. Nesse sentido, tais atividades não estão abrangidas pelo regime de exclusividade previsto no art. 9º da Lei 6.538/1978.

Não podemos negar que o avanço tecnológico influi no exame da matéria. Atualmente, por exemplo, o envio de boletos bancários é feito mediante mensagem eletrônica via internet, prescindindo do transporte ou distribuição nos moldes tradicionais.

O Tribunal não pode ignorar a realidade, sob pena de suas decisões ficarem despidas de qualquer eficácia. É o que ocorrerá se entendermos que quaisquer das atividades postais devem ser prestadas exclusivamente pela União.

Necessário que o legislador esteja atento para a implementação de modelos de prestação da atividade postal condizentes com a realidade social e tecnológica vigente, sem prejuízo do dever estatal de manter o serviço público postal (art. 21, X, da CF), como, aliás, destaquei no início de meu voto.

Dessa forma, reconheço que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência-agrupada e fabricação de selos, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (*v.g.* boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais e periódicos, os quais se inserem na noção de "encomenda" ou "impresso" e não são indicados no referido art. 9º entre as atividades de prestação exclusiva ("monopólio") pela União.

Essa parece ser a interpretação possível ante o inegável processo de **inconstitucionalização**, decorrente de profunda mudança nas relações fáticas, do modelo de monopólio no sentido da prestação exclusiva, pela ECT, de **quaisquer das atividades postais indicadas na Lei 6.538/1978**.

Nesse ponto, não podemos deixar de levar em conta que, no caso em análise, o reconhecimento do "monopólio" geral e irrestrito da União sobre a atividade postal pode se revestir de completa ineficácia no plano fático, em razão da própria realidade complexa que as novas tecnologias impõem no mundo hodierno.

#### **Do art. 42 da Lei 6.538/1978**

Quanto aos dispositivos da lei relativos a tipos penais, merece atenção o art. 42 da Lei 6.538/1978, que dispõe:

##### *Violação do privilégio postal da União*

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



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

*Forma assimilada*

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

Em um primeiro momento, extrai-se do tipo penal em análise que o delito se caracterizará quando, ao coletar, transportar, transmitir ou distribuir objetos de qualquer natureza sujeitos ao monopólio da União, o agente não estiver no exercício regular de uma das ações que a própria lei autoriza.

A caracterização do delito se dá mediante a técnica da exclusão: se a conduta não estiver permitida, então é delituosa.

É que apenas a combinação desses dispositivos permite saber se houve conduta delituosa. Em outras palavras, para se ter como certa a caracterização do delito, necessário primeiro saber se a conduta do agente não estava autorizada por alguma das hipóteses legais.

Semelhante técnica legislativa é adotada em outras normas incriminadoras, como, por exemplo, na descrição do tipo penal do art. 178 do CP, que incrimina o fato de "emitir conhecimento de depósito ou *warrant*, em desacordo com disposição legal". O conteúdo incriminador não se apresenta preciso, por exigir a identificação daquilo que está em desacordo com a lei que regula os institutos do conhecimento de depósito e do *warrant*.

Não bastasse essa especial circunstância do tipo penal, por si só reveladora da sua falta de precisão, para saber se a conduta está autorizada, será também necessária uma interpretação quanto aos limites das hipóteses permissivas, antes de seu cotejo com as ações que motivaram a denúncia.

O elemento normativo, aqui representado pela expressão "(...) **sem observância das condições legais** (...)", causa, em princípio, considerável indeterminação no conteúdo do tipo penal, enfraquecendo sua função de garantia (taxatividade), pois a própria existência do fato punível reclama exegese quanto aos lindes das hipóteses permissivas.

O Princípio da Legalidade, disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e presente no art. 1º do Código Penal, para além de fixar a necessidade de existência de uma lei escrita anterior à ocorrência da conduta, apresenta desdobramentos, entre os quais se destaca a taxatividade, pela qual se reputa inconstitucional toda e qualquer lei penal que, de forma vaga, imprecisa, afaste do destinatário o entendimento de seu alcance.

Desse entendimento não discrepa a doutrina. Em tal sentido, observe-se a lição de Heleno Cláudio Fragoso que, ao tratar das variadas funções do chamado "Princípio da Reserva Legal", ensina:

Finalmente, atinge o princípio da legalidade a incriminação vaga e indeterminada de certos fatos, deixando incerta a esfera da ilicitude e comprometendo, desta forma, a segurança jurídica do cidadão.

É este um aspecto novo do velho princípio, que pode ser formalmente observado, com a existência de uma lei prévia, mas violado na substância, com a indeterminação da conduta delituosa. Como ensina mestre Soler, “a só existência de lei prévia não basta; esta lei deve reunir certos caracteres: deve ser concretamente definitiva de uma ação, deve traçar uma figura cerrada em si mesma, por força da qual se reconheça não somente qual é a conduta compreendida, senão também qual é a não compreendida”.

A incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do julgador. [In *Lições de direito penal*. Forense, 5. ed. Parte Geral, p. 97].

O fim social ao qual se destina o “Princípio da Legalidade”, caracterizado como mais uma forma de garantia aos direitos individuais, efetivamente, jamais será atingido se a lei penal não externar, de forma clara e taxativa, quais as condutas que, caso praticadas, levam ao ilícito penal.

**Todavia, no caso, cabe interpretação conforme, porquanto é possível restringir a aplicação do art. 42 da Lei 6.538/1978 às hipóteses dispostas no art. 9º da lei, na medida em que, nos termos em que destaquei inicialmente, o “monopólio” ou regime de exclusividade é limitado a específicas atividades postais.**

## Conclusão

Ante o exposto, reajusto meu voto para:

a) julgar parcialmente procedente a arguição, fixando a interpretação de que a prestação exclusiva pela União da atividade postal limita-se ao conceito de carta, cartão-postal e correspondência-agrupada, nos termos do art. 9º da Lei 6.538/1978, não abarcando a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz), jornais, livros, periódicos ou outros tipos de encomendas ou impressos;

b) dar interpretação conforme ao art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

É como voto.



## EXTRATO DA ATA

ADPF 46/DF – Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Eros Grau. Arguente: Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED (Advogados: Dauro Löhnhoff Dórea e outros). Arguida: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Advogados: Luciana Fonte Guimarães e outros). Interessados: Sindicato Nacional das Empresas de Encomendas Expressas (Advogada: Emilia Soares de Souza) e Associação Brasileira de Empresas de Transporte Internacional – ABRAEC (Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmim e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria, considerando que o voto do ministro Carlos Britto mais se aproxima do entendimento da divergência inaugurada pelo ministro Eros Grau, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os ministros Gilmar Mendes (presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao art. 42 da Lei 6.538/1978 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal. Redigirá o acórdão o ministro Eros Grau. Ausente, justificadamente, o ministro Menezes Direito.

Presidência do ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-geral da República, dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 5 de agosto de 2009 – Luiz Tomimatsu, secretário.