

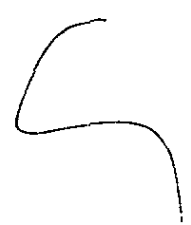
ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7 DISTRITO FEDERAL

## V O T O

O SENHOR 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 artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei n.º 6.538.

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 46-7 DISTRITO FEDERAL**

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

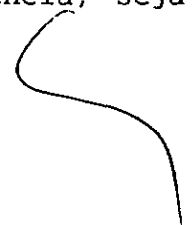
**V O T O**

**MINISTRO GILMAR MENDES** - 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 argüente (na verdade, todas as empresas do ramo de distribuição) sob o argumento de que a argüida possuiria o monopólio postal absoluto e, assim, toda e qualquer correspondência, seja ela



ADPF 46 / DF

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 argüente, 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 artigo 11 da Lei nº 9.882/99, a inconstitucionalidade da Lei nº 6.538/78, especialmente sobre a questão do monopólio de entrega de correspondências";

c) também nos termos do artigo 11 da Lei nº 9.882/99, tendo em vista a relevância da matéria, declarar-se o que se entende por carta, cuja entrega, por motivo de segurança e privacidade, continua sendo prerrogativa da 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 artigos da Lei nº 6.538/78 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**

ADPF 46 / DF

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 artigos 1º, inciso IV, 5º, inciso XIII, 170, cabeça, inciso IV e parágrafo único. (g.n.)

Para S. Exa. o significado do verbo "manter", expresso no inciso X do artigo 21 da CF, não é o mesmo de tempos passados. Após considerações sobre o modelo de Estado Social e o de Estado interventor, S. Exa. 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 nº 6.538/78, especialmente o texto do artigo 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 no 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 S. Exa., 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 conseqüente 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.

ADPF 46 / DF

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, S. Exa. afirma que "somente o intérprete mais criativo poderia concluir que o verbo 'manter', a compelir a União a assumir o ônus relativos 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 ADPF. Entende S. Exa. 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 nº 6.538/78 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:



ADPF 46 / DF

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 S. Exa., 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 artigos 199 e 209 em relação à saúde e à educação, os quais podem ser prestados independentemente de concessão ou permissão. Os artigos mencionados excepcionam o art. 175 para dizer que a prestação de serviços de saúde e educação são livres à iniciativa privada."

Em voto-vista, o Ministro **Joaquim Barbosa** manifestou-se também pela improcedência da ADPF, 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 S. Exa., 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 S. Exa., o fato de a Constituição ter atribuído tal atividade à União é suficiente para configuração do serviço público. Assim, votou pela improcedência da ADPF.

ADPF 46 / DF

A Ministra **Ellen Gracie**, em voto-vista, também julgou improcedente a ADPF, 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 ADPF.

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, S. Exa. 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 nº 6.538/78 pela Carta Magna de 88 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 artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei nº 6.538, os quais se referem a tipos penais. No mais, julguei improcedente a ADPF.

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

O julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro **Menezes Direito**, que, posteriormente, **afirmou sua**



ADPF 46 / DF

**suspeição**, razão pela qual os autos retornaram a esta Presidência, **momento em que pode 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 nº 229.696-7/PE, Rel. para acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 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 S. Exa. 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 artigo 173, caput, da CF de 1988, S. Exa. 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:

ADPF 46 / DF

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 nº 407099/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06.08.2004, 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: C.F., art. 150, VI, a. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO:

ADPF 46 / DF

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: C.F., art. 150, VI, a, II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido. (RE 407099, Relator: Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 06.08.2004)(g.n.)

Recentemente, o STF manifestou-se novamente sobre a matéria nos autos da ACO nº 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 Min. Joaquim Barbosa, que julgava o pedido procedente em parte. Em seguida, o Tribunal, também por votação majoritária, resolveu questão de ordem, suscitada pelo Min. 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 Min. Marco Aurélio. ACO 765/RJ, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Menezes Direito, 13.5.2009. (ACO-765) (Informativo/STF n. 546)(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.

ADPF 46 / DF

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, inciso 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 nº 229.696-7/PE, Rel. para acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ 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.

ADPF 46 / DF

Há, também, manifestação do Ministro Eros Grau, nos autos da ADI n. 2.847-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 26.11.2004, reportando-se às lições de Luis 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 Luis Roberto Barroso quem diz - Revista de Direito Administrativo, volume 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 público: 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, Luis Roberto. Loteria - Competência Estadual - Bingo. RDA nº 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 artigos 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; (ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo, 22 ed., São Paulo: Atlas, p. 101-102, 2009)

ADPF 46 / DF

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, inciso 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**

ADPF 46 / DF

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, inciso 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 nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga de concessões e permissões de serviços públicos, no art. 1º inciso VII, **dispõe que se sujeitam**

ADPF 46 / DF

ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, os serviços postais (inciso incluído pela Lei nº 9.648/1998).

O Ministro Marco Aurélio nos deu notícia do projeto de Lei nº 1491/1999, que dispunha sobre a delegação do serviço postal, cujas características aproximavam-se do modelo das telecomunicações (Lei nº 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 nº 11.668, de 2.5.2008, bem como no Decreto n 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 nº 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 nº 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



ADPF 46 / DF

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

ADPF 46 / DF

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. 5<sup>ª</sup>, XXXV, o direito de defesa (art. 5<sup>ª</sup>, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5<sup>ª</sup>, 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. Müller, 1995, p. 53).

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5<sup>ª</sup>, XXII), o direito de herança (art. 5<sup>ª</sup>, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5<sup>ª</sup>, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput*, e §1<sup>ª</sup>). 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. 5<sup>ª</sup>, § 2<sup>ª</sup>, da Constituição (SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182).

ADPF 46 / DF

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. Müller, 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, Cruso, 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

ADPF 46 / DF

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, inciso 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 nº 6.538/78, 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:**

ADPF 46 / DF

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. 47º - 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:

ADPF 46 / DF

Art. 47º - 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. 9, da Lei n. 6.538/78.

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, inciso 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 nº 6.538/78, não abarcando a distribuição de boletos (v.g. boletos bancários, contas de água, telefone, luz),

ADPF 46 / DF

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 n. 6.538/78**.

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 N. 6.538/78

Quanto aos dispositivos da lei relativos a tipos penais, merece atenção o artigo 42 Lei n. 6.538/78, que dispõe:

##### VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO

Art. 42º - 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

ADPF 46 / DF

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





ADPF 46 / DF

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, 5ª Edição, 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, leva ao ilícito penal.

Todavia, no caso, cabe interpretação conforme, porquanto é possível restringir a aplicação do art. 42, da Lei n. 6.538/78, 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

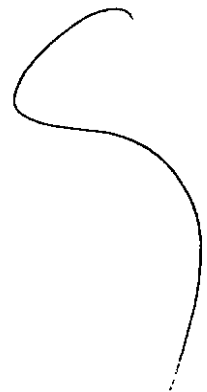
Ante o exposto, reajusto meu voto para:

ADPF 46 / DF

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 nº 6.538/78, 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 n. 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º do referido diploma legal.

É como voto.

A large, stylized handwritten mark, possibly a signature or a large letter 'S', is located on the right side of the page.