

15/06/2005

TRIBUNAL PLENO

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

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

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

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

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

ADPF 46 / DF

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

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

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

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

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

ADPF 46 / DF

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

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

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

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

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

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

ADPF 46 / DF

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

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

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

⁶ Idem, pág. 15.

ADPF 46 / DF

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

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

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

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



ADPF 46 / DF

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

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

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

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

ADPF 46 / DF

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

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