

Luís Roberto Barroso



Do Rio de Janeiro para Brasília, 31 de agosto de 2005

Ref. ADPF n° 46

Excelentíssimo Sr. Ministro:

A ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição é uma entidade sem fins lucrativos que congrega empresas de pequeno e médio porte, simultaneamente brasileiras e de capital nacional, cujo principal ramo de atividade é a entrega de pequenas encomendas, inclusive e notadamente por meio dos chamados *motoboys*. As empresas associadas vêm atuando nesse setor há mais de dez anos, estando devidamente registradas nos órgãos pertinentes, recolhendo os tributos devidos e empregando mais de um milhão de pessoas.

Feita essa apresentação – pertinente para a adequada compreensão da realidade social subjacente à questão constitucional em exame – a argüente, por seu advogado, com o propósito de fornecer mais subsídios para o exame de V. Exa, pede vênua para lhe submeter o presente memorial, no qual são (i) resumidas as razões – considerando a ordem constitucional brasileira – que conduzem à procedência do pedido formulado na ADPF n° 46; e (ii) apresentados alguns dados da realidade internacional em matéria de serviço postal e de encomendas.

Discute-se na presente argüição, em suma, se o monopólio da União para a exploração do chamado “serviço postal” – previsto na Lei n° 6.538, de 22.06.1978, e levado a efeito pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT (ou apenas Correios) – teria ou não sido recepcionado pela Constituição de 1988. Já superada a fase da admissibilidade da argüição, o memorial concentra-se nos aspectos relacionados ao seu mérito.

Interpretação do art. 21, X, da Constituição: elementos semântico e sistemático

1. A questão posta na presente ADPF envolve a interpretação do art. 21, X, da Constituição Federal, que tem a seguinte dicção: “***Compete à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional***”. As questões relevantes na hipótese podem ser descritas nos seguintes termos. Teria o inciso conferido à União o monopólio de tais atividades? Ou as teria transformado em serviços públicos? Ou, mais importante, teria o inciso excluído a possibilidade de a iniciativa privada desenvolver o serviço postal, paralelamente ao Estado? E, por fim, o que significa “serviço postal” e que sentido deve ter tal expressão? Assim, **antes de considerações hermenêuticas mais complexas, é preciso examinar a questão sob o ponto de vista semântico e sistemático.**

2. Como se sabe, há amplo consenso na doutrina e na jurisprudência no sentido de que, a partir da Carta de 1988, apenas se admitem os monopólios estatais previstos pela própria Constituição. Nessa linha, os monopólios existentes no regime anterior, não reproduzidos pela nova Carta, não terão sido recepcionados. Por isso mesmo, não há dúvida de que a previsão de monopólios deve ser clara e explícita.

3. Também quanto aos serviços públicos clássicos – sobretudo quando se trate de atividade econômica que, por força de uma decisão político-normativa, é transformada em serviço público –, sua consagração deve ser expressa e clara. Isso porque, quando uma atividade econômica é definida normativamente como serviço público, ela é retirada da esfera da iniciativa privada, configurando igualmente exceção à livre iniciativa, princípio geral do Estado brasileiro. De fato, não haveria sentido em proibir a criação de novos monopólios e admitir a livre criação e ampliação de serviços públicos, que, na prática, produzem o mesmo resultado sobre o espaço próprio da livre iniciativa.

4. Pois bem. A Carta de 1988 previu várias formas de atuação direta do Estado na ordem econômica, que podem ser classificadas de modos diversos. Uma classificação possível, e que parece especialmente adequada, é a que utiliza quatro categorias: **(i)** os monopólios (art. 177); **(ii)** os serviços públicos (art. 21, XI e XII); **(iii)** a possibilidade de exploração de atividades econômicas em regime concorrencial com a iniciativa privada mediante autorização legislativa (art. 173); e **(iv)** as atividades que, livres à iniciativa privada, deverão obrigatoriamente ser desenvolvidas pelo Estado, como acontece com a saúde (art. 199), educação (art. 209) e previdência (art. 202). **Em qual dessas categorias o serviço postal deve ser enquadrado?** Parece certo que na última delas. Aprofunda-se a questão.

5. Cada uma das quatro modalidades descritas acima recebeu do constituinte tratamento diverso, dando origem a um sistema lógico. Quanto aos monopólios, a Constituição é explícita ao dispor, no art. 177: “*Constituem monopólio da União (...)*”. **Note-se que o serviço postal não consta de qualquer um dos incisos do art. 177.** O art. 21 trata, em seus incisos XI e XII, dos serviços públicos atribuídos à União e registra: “*Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços (...)*”. **Também aqui não se encontram os serviços postais, o mesmo se passando com o art. 173.** Na realidade, o art. 21, X, emprega estrutura inteiramente diversa, apenas registrando um dever em face da União – ela deverá manter o serviço postal e o correio aéreo nacional –, assim como faz, *e.g.*, com os serviços de estatística, geografia, geologia e cartografia, nos termos do mesmo art. 21, XV.

6. Examinando esse sistema, não é plausível sustentar que o constituinte preservou o monopólio criado pela Lei nº 6.538/78. Essa conclusão importaria não apenas a criação pelo intérprete de um monopólio inexistente na Constituição – que sequer o legislador poderia criar –, como a criação de um monopólio em franca contradição com o sentido do que dispõe o art. 21, X. Também não é consistente descrever o serviço postal como um serviço público clássico, isto é: aquele que impede a exploração, pela iniciativa privada, da atividade qualificada como serviço público. Ao tratar do serviço postal, a Constituição claramente optou

por não empregar as fórmulas padronizadas – e claras – que utilizou para definir atividades econômicas como serviços públicos com exclusão da iniciativa privada. Ora: se é assim, por que se deveria interpretar o art. 21, X contra o que dispõe o seu texto, de forma incoerente com o sistema constitucional e em restrição ao princípio da livre iniciativa?

7. Nesse contexto, a única conclusão harmônica com o sistema constitucional é a de que o constituinte determinou exatamente o que se lê do inciso X do art. 21: o serviço postal – assim como acontece com os serviços relacionados com saúde, educação, previdência, cartografia, geologia, geografia e estatística – deve ser prestado pelo Poder Público, sem exclusão, todavia, da possibilidade de a iniciativa privada desenvolver igualmente tais atividades. Essa conclusão é igualmente a indicada pelos elementos histórico, lógico e teleológico pertinentes na hipótese. Confira-se.

Interpretação do art. 21, X, da Constituição: elementos histórico, lógico e teleológico

8. Houve época em que a infra-estrutura necessária à prestação de serviços postais só poderia ser oferecida pelo Poder Público. No início da década de 30, apenas a Aeronáutica tinha condições de fazer o transporte aéreo de correspondência. Nesse contexto, a prestação do serviço postal estava naturalmente associada ao exercício do poder estatal e à necessidade de integração nacional. Há muito tempo, porém, essa realidade se transformou radicalmente. Em plena era da informação e das comunicações eletrônicas, ninguém imagina que o serviço postal possa ser prestado apenas pelo Estado, tenha um caráter estratégico, envolva atividades perigosas ou decorra de alguma das funções estatais.

9. Por isso mesmo, o constituinte decidiu, conscientemente, encerrar o monopólio previsto na Lei nº 6.538/78, impondo à União, no entanto, o dever de continuar prestando o serviço postal – *manter*, é o que dispõe o art. 21, X –, paralelamente à iniciativa privada. Isto é: a atividade é livre à iniciativa privada, mas

um agente estatal continuará atuando no mercado, em regime concorrencial. Aliás, se o constituinte – perfeitamente ciente do monopólio antes existente – houvesse decidido preservá-lo, por qual razão não teria se utilizado da fórmula prevista no art. 177? Não há resposta lógica a essa pergunta. Igualmente, se houvesse decidido atribuir ao serviço postal o *status* de *serviço público*, para o fim de excluir a iniciativa privada do setor, porque não o fez nos termos do art. 21, XI, como fez com telecomunicações, para ficar em apenas um exemplo? Também não há resposta coerente a essa pergunta.

10. E ainda que houvesse dúvida acerca do sentido do art. 21, X, da Constituição, o intérprete deve privilegiar a interpretação que prestigie os princípios constitucionais. Ou seja: entre interpretações possíveis, deve prevalecer a que de forma mais ampla realiza os princípios constitucionais. No caso, e como já referido, não há disputa sobre o fato de que os monopólios encerram exceção – na verdade, negação – ao princípio da livre iniciativa, fenômeno similar ocorrendo com a transformação de atividades econômicas em serviços públicos. Mesmo os monopólios efetivamente instituídos pela Constituição são interpretados estritamente, não se admitindo a ampliação de seu escopo por analogia. Assim, ainda que fosse plausível sustentar – e não é – que do art. 21, X, extrai-se a previsão de um monopólio ou a consagração de um serviço público privativo da União, essa certamente está longe de ser a única interpretação possível. Junte-se a isso que interpretação em questão é a que de forma mais grave restringe o princípio da livre iniciativa. Nesse contexto, não há qualquer razão, seja de ordem semântica, sistemática, lógica, histórica ou teleológica, que justifique a interpretação – a rigor implausível – de que o art. 21, X, teria consagrado o monopólio ou o privilégio dos serviços postais.

11. Em suma: nada indica que o constituinte tenha atribuído ao serviço postal a qualidade de um monopólio da União ou de um serviço público privativo do Poder Público, com exclusão da iniciativa privada no setor. Ao contrário, a própria Constituição prevê diversas atividades que deverão ser desenvolvidas pelo Estado – e podem ser denominadas, se assim se desejar, de *funções públicas* ou mesmo de *serviços públicos impróprios* – sem por isso impedirem a atuação

concomitante da iniciativa privada. É nessa categoria, sem dúvida, que o serviço postal deve ser enquadrado.

12. Nem se argumente que o regime de prestação conjunta pelo Estado e pela iniciativa privada dependeria de expressa previsão constitucional admitindo a exploração da atividade por agentes privados. A cogitação é incorreta e de todo modo não corresponde à realidade. Em primeiro lugar, a regra geral – cujas exceções devem ser expressas – é a livre iniciativa, não a exclusividade estatal. Assim, a atuação direta do Estado na ordem econômica é que demanda referência expressa, e não a da iniciativa privada. Ademais, nem todas as atividades classificadas nessa categoria contam com referência expressa do constituinte relativamente à iniciativa privada. A Constituição não faz qualquer previsão específica nesse sentido relativamente, *e.g.*, aos serviços geográficos, geológicos, estatísticos e cartográficos, limitando-se a disciplinar a obrigação da União de prestá-los (art. 21, XV). Nem por isso a iniciativa privada está impedida – muito ao revés – de desenvolver tais atividades.

13. Na realidade, a lógica que informa todas essas atividades – a saber: atividades que o Poder Público deve prestar sem exclusão da iniciativa privada – é a mesma. Não se cuida da alocação de recursos públicos escassos, mas do fornecimento de utilidades em relação as quais quanto mais abundante for a oferta, melhor, sem prejuízo de eventual ação regulatória do Estado, como ocorre em matéria de saúde ou educação. Não é outra a tônica do serviço postal nas sociedades modernas, que se relaciona com a integração da sociedade. Quanto maior for a oferta de prestadores de serviços postais e de entrega, capazes de atender a diferentes demandas, que vão desde a troca de cartas estritamente pessoais a serviços de entrega expressa, recolhidas no domicílio do remetente, melhor será para a integração nacional. Nos termos da Constituição, o papel do Estado é manter um serviço postal e, eventualmente, regular o setor, sem exclusão da atividade privada.

14. A exclusividade estatal no setor, como já referido, violaria de forma direta o princípio geral da livre iniciativa, e não parece legítimo construir uma

exceção não-expressa a esse princípio por meio de uma interpretação altamente tortuosa e questionável de enunciados constitucionais. Consagrar-se-ia aqui uma interpretação conforme à Constituição às avessas – verdadeira “interpretação desconforme” –, na qual uma interpretação inteiramente desconectada dos elementos textual, sistemático, lógico, histórico e teleológico é adotada para o fim de consagrar uma exceção não-expressa ao princípio constitucional que postula aplicação ao caso, sem que sequer se identifique algum outro valor constitucional que, mesmo em tese, pudesse reclamar – quanto mais justificar – tamanho esforço hermenêutico.

Interpretação do art. 21, X, da Constituição: o entendimento da sociedade – os intérpretes informais da Constituição

15. Há ainda uma observação final a fazer. Após a edição da Carta de 1988, os *intérpretes informais* da Constituição – isto é, a sociedade em geral – não só passaram a entender que o monopólio da Lei nº 6.538/78 deixou de existir, como passaram a se comportar em harmonia com esse entendimento. Com efeito, empresas, pequenas e grandes, há mais de dez anos exploram os serviços de entregas de documentos e encomendas. O setor emprega milhares de pessoas diretamente, recolhe os impostos próprios e é utilizado abertamente por outros milhões de pessoas.

16. O registro é importante porque, além dos elementos técnico-jurídicos resumidos acima, a interpretação consolidada na sociedade sobre um dispositivo constitucional – que corresponde, a rigor, ao *status* normativo vigente – não deve ser desconsiderada. É certo que há ocasiões em que o STF deve funcionar como um poder contra-majoritário, sobretudo quando se trate de preservar direitos fundamentais. Esta, porém, não é uma dessas ocasiões, muito ao revés. Na realidade, o reconhecimento formal pelo STF de que a Constituição não recepcionou o monopólio do serviço postal não interfere com a plena continuidade das atividades da EBCT – mesmo porque a Constituição expressamente determina que a União mantenha um serviço postal –, mas preserva a liberdade dos empresários do setor e o espaço próprio dos indivíduos na realização do princípio da livre iniciativa.

17. Ademais, o regime de prestação concorrente não ameaça a viabilidade econômica da empresa pública que opera no setor, como atestam os mais de dez anos em que essa convivência já vem ocorrendo no país, bem como a experiência internacional na matéria. Mais do que competição pelo mercado, a tendência natural no caso é que se verifique certa divisão de funções, na medida em que as empresas privadas suprem a demanda por serviços especializados que o Poder Público em geral não tem condições e/ou interesse de atender adequadamente.

Interpretação do art. 21, X, da Constituição: a experiência internacional no setor

18. Não por outro motivo, na experiência da esmagadora maioria dos países a ação estatal em matéria de serviço postal convive com a atuação da iniciativa privada, conforme relatório de 2004 da União Postal Universal (UPU), órgão da ONU encarregado de promover a cooperação internacional no setor¹. Na verdade, tal dualidade de regimes é a regra em praticamente todas as democracias do mundo. O referido relatório conclui que apenas 6% de todos os operadores públicos de serviço postal não encontram qualquer tipo de concorrência privada. É bem de ver, no entanto, que esses 6% estão especialmente concentrados, sintomaticamente, na Península Arábica, Somália, Norte da África e Coreia do Norte. Mesmo nessas regiões, entretanto, mais de 50% dos países adota o sistema público e privado no mercado doméstico de cartas e mais de 70% deles o faz no mercado de entregas². A exclusividade estatal colocaria o Brasil na contramão da história, em prejuízo da atividade econômica legítima, que produz toda sorte de benefícios para a sociedade, e em detrimento da qualidade e da variedade do serviço, sem qualquer proveito que se possa imaginar.

¹ *Postal market 2004 — Review and outlook — Recent developments and results of a survey canvassing postal stakeholders' forecasts for the period up to 2004*, União Postal Universal, Berna, set., 2004, p. 12. Disponível no site: www.upu.int/statistics, na seção *postal statistics*.

² *Postal market 2004 — Review and outlook — Recent developments and results of a survey canvassing postal stakeholders' forecasts for the period up to 2004*, União Postal Universal, Berna, set., 2004, p. 14.

Interpretação do art. 21, X, da Constituição, por eventualidade: sentido e alcance da expressão “serviço postal”

19. **Cabe fazer uma nota final, por eventualidade. Ainda que, por alguma razão, se deseje adotar a tese da exclusividade estatal para a prestação do serviço postal, é preciso delimitar o que significa *serviço postal*, o que, a rigor, foi feito pela própria Lei nº 6.538/78.**

20. Até aqui foi exposto um conjunto de razões para demonstrar a não-recepção, pela Constituição de 1988, desse regime de exclusividade estatal na manutenção do serviço. Apesar disso, caso se entenda pela tese contrária, é evidente que a recepção não teria tido o condão de expandir o âmbito da reserva de mercado então existente, mesmo porque a Carta de 1988 emprega a mesma expressão (serviço postal) utilizada pela lei. Simplesmente não há qualquer argumento capaz de sustentar a conclusão de que a lei teria sido recepcionada em tudo, menos na parte em que definia o alcance do regime de exclusividade do Poder Público. Vale aqui, com ainda maior razão, tudo o que se registrou acerca da interpretação estrita das exceções ao princípio da livre iniciativa.

21. Pois bem. O art. 9º da Lei nº 6.538/78 define que a atividade então reservada à União constitui: i) recebimento, transporte e entrega, bem como expedição para o exterior, de carta, cartão-postal ou correspondência agrupada (reunião de objetos em que pelo menos um deles estaria sujeito ao monopólio postal); e ii) fabricação e emissão de selos ou outras fórmulas de franqueamento postal. Desse modo, e em qualquer caso, é evidente que o monopólio ou privilégio da União não inclui encomendas de qualquer espécie (como talões de cheque, cartões de crédito, etc.), boletos de cobrança ou documentos congêneres, que não se caracterizam – nem de fato, na percepção social do fenômeno, nem de direito, isto é, nos termos da Lei nº 6.538/78 – como carta ou cartão-postal.

22. Assim, por todo o exposto, a ABRAED pede e espera que seja julgado procedente o pedido formulado para o fim de declarar-se a não recepção, pela

Constituição de 1988, do monopólio do serviço postal previsto na Lei nº 6.538/78, reconhecendo-se que a Constituição admite o desempenho de atividade postal pela iniciativa privada, em concorrência com a empresa pública que atua no setor. Na eventualidade de esse pedido não ser provido, requer-se o reconhecimento de que a exclusividade da União restringe-se aos termos da Lei nº 6.538/78, limitando-se às atividades relacionadas à entrega de cartas e correspondência agrupada, bem como à fabricação e emissão de selos ou outras formas de franqueamento postal.

LUÍS ROBERTO BARROSO
OAB/RJ nº 37.769