

2. Monopólio postal no Brasil: afinal, o STF solucionou o que deve ser "carta"?

Has the Brazilian Supreme Court settled what shall be "letter"?

(Autor)

EDUARDO MOLAN GABAN

Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting Fulbrighter at the New York University School of Law, New York, EUA. Professor. Advogado. egaban@mayerbrown.com

Sumário:

- 1 Introdução
- 2 Lei postal e a realidade do setor: descompasso entre o jurídico e a prática econômica
- 3 Principais pontos discutidos na ADPF 46-7/DF
 - 3.1 Análise dos votos da corrente majoritária
 - 3.2 Análise dos votos da corrente intermediária
 - 3.3 Análise do voto do Ministro Carlos Britto
- 4 Análise crítica da decisão
- 5 Conclusão
- 6 Referências

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O presente trabalho, partindo da premissa de que o Direito deve acompanhar a evolução da sociedade e adequar-se às alterações fáticas para melhor tutelar os interesses, propõe uma análise interdisciplinar do setor postal, levando-se em conta os aspectos jurídicos e econômicos relacionados. Assim, busca-se delimitar o setor a partir de aspectos técnicos próprios do mercado e do quadro normativo vigente para, em um segundo momento, analisar o tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao tema no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7/DF – estudo que ganha relevância principalmente quando considerados os efeitos decorrentes do julgamento de tal decisão e seus impactos sobre o setor. Fez-se um levantamento dos principais argumentos trazidos pelos Ministros para

traçar o panorama da ação constitucional, concluindo-se que o cenário de insegurança jurídica e econômica permanece para os agentes privados mesmo após a decisão proferida pelo STF, podendo-se constatar até mesmo um agravamento dos riscos em virtude da apropriação distorcida da decisão pela ECT como argumento de autoridade.

Abstract:

This article starts from the premise that “Law should follow the evolution of society and adapt to the factual changes to better protect its members interests” and, based on that, proposes an interdisciplinary analysis approach of postal service that takes into consideration economic and legal issues related to the sector. Therefore, the article aims to delimit the postal service by its regulatory framework and technical matters, only to then assess the judicial treatment that Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal – STF) had attributed to the matter in the context of ruling on Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7/DF (a claim that argues non-compliance with a fundamental precept). It is a crucial aspect that grows in importance when the decision effects and its impact on the postal service are considered. Additionally, presenting an overview of the theme, the research focused on the key arguments raised by the STF Justices to tackle the operative part of the decision and its main grounds. It was concluded that, undeterred by a decision of the Brazilian Supreme Court on the matter, the legal and economical postal service scenario remains uncertain.

Palavra Chave: Setor postal - Regulação - Monopólio - Concorrência - ADPF 46-7.

Keywords: Postal service - Regulation - Monopoly - Competition - ADPF 46-7.

1. Introdução

A proliferação de novos meios de comunicação e de indústrias culturais se trata de uma realidade atual, característica da revolução tecnológica informacional. Esta, por sua vez, para além de criar novos parâmetros de organização social ao transformar a relação do indivíduo com suas bases materiais de tempo e espaço, gera reflexos na reestruturação de diversas atividades econômicas e prestações de serviços,¹ sobretudo naquelas relacionadas à própria facilitação do estabelecimento de redes informacionais e de comunicação, em razão do incremento de sua relevância estratégica.

Isso é verificável no denominado setor postal, segmento no qual operam *players* relacionados a uma sequência específica de atividades: inicialmente, a coleta de itens depositados em pontos de acesso; em seguida, sua identificação e encaminhamento a um núcleo de distribuição; e, por fim, a efetiva distribuição aos destinatários.² Em decorrência da altíssima criatividade e enorme potencial de difusão transversal com que se dão os avanços tecnológicos,³ variados mecanismos que tornam possível a comunicação entre as pessoas foram criados, tendo como principal marco a disseminação dos meios digitais.

Se, por um lado, houve inovações em mercados que se mostravam defasados ou sequer existiam até a expansão e aprofundamento do processo de globalização, foram constatados, por outro, impactos substanciais no que se configura como o tradicional setor postal. Ou seja, se hoje a sociedade se comunica em grande medida por meio da *internet* e dos sistemas e aparelhos de telefonia, isso ocorreu em detrimento de instrumentos que antes eram utilizados com maior habitualidade, como cartas e cartões-postais. Tal fator influenciou a busca por novas estratégias econômicas e comerciais pelas empresas atuantes no setor postal, diante da necessidade de adaptação à realidade do mercado e das demandas dos consumidores.

No cenário brasileiro, tal impacto tem sido sofrido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), empresa pública à qual compete exercer atividade postal, em virtude de disposição constitucional que confere à União a competência pela manutenção do setor; recebendo ainda da legislação a exclusividade sobre a atividade de coleta, transporte e entrega de “cartas”, “cartões-postais” e “correspondência

agrupada”, por força do Dec.-lei 509/1969⁴ e da Lei 6.538/1978 (Lei postal).⁵ Diante das novas e variadas possibilidades de comunicação interpessoal, a parcela do mercado reservada à União tem perdido lucratividade, impulsionando a ECT a realizar investimentos estratégicos no mercado de transporte de encomendas, no qual atua em regime de concorrência com o setor privado.⁶

Em razão da imprecisão da Lei postal ao estabelecer um conceito jurídico para “carta”, são tênues os limites entre os mercados nos quais a ECT atua em regime de monopólio e em quais deve atuar em concorrência com empresas privadas. Como consequência, diversas ações envolvendo a ECT tramitam atualmente no Poder Judiciário brasileiro, levantando como argumento, de algum modo, a extensão do monopólio legal.

O problema ensejou inclusive o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46-7 perante o Supremo Tribunal Federal (STF),⁷ em 14.11.2003, por parte da Associação Brasileira de Empresas de Distribuição (Abraed). Referida ação constitucional tramitou por seis anos na Suprema Corte, tendo como objeto essencialmente a discussão acerca da recepção da Lei postal pela Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne ao privilégio legal reservado à União. Entretanto, em alguns trechos de suas argumentações, os Ministros adentraram a discussão acerca do conceito jurídico de “carta” – sem, contudo, delimitar uma descrição com pretensão de definitiva ou aclarar quais objetos estariam abrangidos por este conceito. No entanto, a ADPF 46-7 não apenas deixou de esclarecer a questão, como, na realidade, parece tê-la agravado: constantemente, a ECT passou a utilizar o referido acórdão como fundamento para as ações ajuizadas, em que busca estender as fronteiras do monopólio legal para objetos de difícil compatibilidade com a descrição de “carta” positivada na Lei postal. A consequência é uma insegurança jurídica que causa distorções concorrenciais de alto potencial lesivo.

Tendo em vista o novo contexto global característico da sociedade informacional, bem como as específicas conjunturas jurídico-econômicas da realidade brasileira, o presente artigo propõe-se a trazer uma reflexão sobre questões atuais relacionadas ao setor postal no Brasil. Setor este que, por estar submetido às pressões produzidas por uma sociedade informacional, carece de uma regulação apta a manter a funcionalidade econômica dos mercados a ele relacionados, bem como a assegurar a universalização do acesso da população ao direito de se comunicar⁸ e realizar trocas. Especificamente, este trabalho explorará a dinâmica do setor postal a partir do ponto de vista econômico, bem como a insegurança jurídica existente na demarcação de quais agentes podem atuar em cada mercado que compõe o segmento, o que, por sua vez, decorre de déficits regulatórios marcados pela imprecisão legislativa e por uma decisão do STF que se esquivou de definir conceitos relevantes para o correto funcionamento do setor postal.

2. Lei postal e a realidade do setor: descompasso entre o jurídico e a prática econômica

O desenvolvimento tecnológico característico da sociedade informacional e do processo de globalização econômica reduziu a intensidade de troca interpessoal de correspondências físicas, ao passo que simultaneamente ensejou o aumento de trocas mais propriamente comerciais.⁹ Neste último caso, promoveu a entrada de uma série de empresas privadas dos mais variados portes no setor de transporte de cargas e logística.¹⁰ Tendo em vista a multiplicidade das demandas e objetos cada vez mais específicos a ser transportados pela rede postal, bem como a especialização das empresas que atuam no setor, as definições da Lei postal deixaram de proporcionar a segurança jurídica necessária aos *players* econômicos e à plena realização da livre concorrência e livre iniciativa constitucionalmente asseguradas.¹¹

Para a compreensão sobre os motivos pelos quais isso passou a ocorrer, é necessário ter em vista a dinâmica da prática econômica tal como ela foi se constituindo neste novo contexto. Destarte, objetos em geral, quer sejam correspondências, quer sejam encomendas, ao ser transportados de um local ao outro, recebem a denominação de “carga”, as quais podem ser classificadas de acordo com suas dimensões, peso, prazo de entrega, consumidores atendidos e utilização de diferentes modalidades de transporte.¹²

Tomando estes critérios, a primeira modalidade de carga é a *carta*, caracterizada por sua menor dimensão e peso, mas, por ser objeto cujo recolhimento, transporte e entrega está sob o monopólio legal da União, não necessariamente será entregue em prazo mais curto. Segundo o art. 47 da Lei postal, “carta” é definida como “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social, comercial, ou qualquer outra, que contenha informações de interesse específico do destinatário”.

Na sequência, podem ser destacadas as diferentes espécies de *encomendas* – definidas pela legislação postal brasileira como “objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal” –, classificáveis de acordo com a prática comercial em razão de suas dimensões e peso, as quais determinam ainda o tipo de transporte que atuará no setor específico, bem como o prazo da entrega. Nesse sentido, são três os grupos possíveis:

(i) *Encomendas expressas de pequeno porte*: diferenciam-se das cartas por seu peso ligeiramente superior, pelo preço diferenciado e pela possibilidade de haver contratação de seguros especiais para a prestação deste serviço, entre outras características.¹³ Englobam, a título exemplificativo, talões de cheques, cartões magnéticos (e.g. cartões de crédito, débito, vale-refeição, vale-combustível, produtos eletrônicos pequenos típicos de *e-commerce* como *iPhones* e similares etc.), documentos empresariais e comerciais, dentre outros. No Brasil, o transporte deste tipo de encomendas é realizado pela ECT em regime de concorrência com empresas de entrega expressa, transportadores integrados e até mesmo por companhias aéreas regulares para transporte internacional.

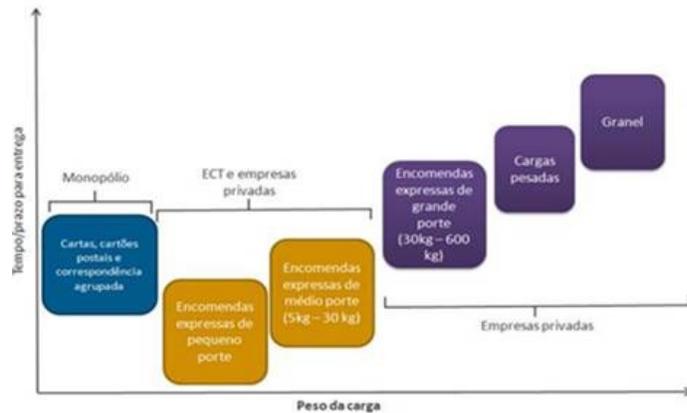
(ii) *Encomendas expressas de médio porte*: pesam entre 5 kg e 30 kg e possuem prazos de entrega semelhantes aos das encomendas anteriores. Trata-se de cargas como produtos adquiridos em comércio eletrônico (*e-commerce*) de pequeno volume embalados em pacotes e objetos transportados. Neste segmento atuam a ECT, empresas de entrega expressa, transportadores integrados e, em alguns casos, companhias aéreas regulares,¹⁴ em regime de livre concorrência.

(iii) *Encomendas expressas de grande porte*: são cargas fracionadas que pesam entre 30 kg e 600 kg. Correspondem a produtos de *e-commerce* de maior tamanho, como fogões, geladeiras e autopeças, por exemplo. Atuam neste segmento as mesmas transportadoras que atuam no transporte das encomendas expressas de médio porte.

Por fim, o transporte das cargas de maior dimensão e peso, *cargas pesadas* e *a granel* – tais como veículos automotores, *commodities* minerais e vegetais, máquinas e equipamentos etc. –, possuem os maiores prazos para entrega e seu transporte é realizado por companhias de transporte aéreo regulares e *charters*, transportadores rodoviários, ferroviários e hidroviários.

O quadro a seguir demonstra graficamente os tipos de cargas existentes no setor de logística, definindo ainda quais estão submetidas ao monopólio legal e quais podem ser transportadas por empresas privadas em regime de livre concorrência:

Quadro 1: classificação por tempo e prazo das mercadorias transportadas



Esta nova realidade dificultou a delimitação da real abrangência do monopólio legal da União, especialmente em virtude de uma postura comercial da ECT que, a partir de um dado momento, passou a compreender como “carta” diversos objetos transportados por estes novos *players* privados. Por meio de ações judiciais e da solicitação de instauração de procedimentos investigatórios, a estatal tem buscado expandir os limites de seu privilégio postal, visando à obtenção de decisões que classifiquem como “cartas” objetos como talões de cheque e cartões magnéticos.¹⁵ A discussão que tem sido levada ao Poder Judiciário, assim, passa pela definição de quais objetos devem ser compreendidos juridicamente como *cartas* e quais estariam abrangidos pelo conceito legal de *encomenda* em sentido estrito.

Por esta razão, inclusive, parte da argumentação utilizada pela Abraed nos autos da ADPF 46-7 relacionava-se à necessidade de uma correta delimitação do conceito jurídico de “carta”, inclusive requerendo a expressa declaração por parte do STF de que determinados objetos estavam excluídos da abrangência da definição legal trazida pela Lei postal.¹⁶ A Corte constitucional brasileira, no entanto, entendeu não ser de sua alçada este último pedido, limitando-se a declarar a Lei postal como recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

No entanto, a prática argumentativa da ECT e dos tribunais brasileiros vai no sentido de utilizar o acórdão oriundo de tal ação constitucional como um de seus principais fundamentos, como se tal decisão tivesse sido capaz de solucionar os déficits regulatórios dos quais padece o setor postal decorrentes da imprecisão contida na Lei 6.538/1978. Por esta razão, passa-se, em seguida, à análise dos principais posicionamentos dos Ministros, com o propósito de contribuir com a elucidação do conteúdo proferido na decisão da ADPF.

3. Principais pontos discutidos na ADPF 46-7/DF

Em busca de uma resposta do Supremo Tribunal Federal para esclarecer incertezas jurídicas a respeito das atividades postais em nosso território, foi proposta, em novembro de 2003, a ADPF 46-7/DF, pela Abraed, com o objetivo de discutir a atuação da ECT e o monopólio postal. Na oportunidade, a parte autora, representando empresas associadas que vinham se sentindo prejudicadas pela atuação abusiva dos Correios,¹⁷ requereu: (i) reconhecimento da violação, por atos da ECT, aos preceitos fundamentais da livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de atividade laboral; (ii) declaração da inconstitucionalidade da Lei 6.538/1978, especialmente no que tange ao monopólio de entrega de correspondências; (iii) declaração do que a Corte entende por *carta*, cuja entrega, por motivo de segurança e privacidade, continuaria sendo prerrogativa da ECT, mas que, segundo a Abraed, deveria receber uma interpretação restritiva.¹⁸

Durante o processo decisório, percebe-se a formação de três correntes no Tribunal. A primeira delas é a instituída exclusivamente pelo voto do Ministro Marco Aurélio, que se posicionou pela procedência total da ação. A segunda, intermediária, declarava procedência parcial e era a defendida pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Por fim, a tese vencedora e majoritária foi a de

improcedência, sustentada pelos Ministros Eros Grau, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Calos Ayres Britto.¹⁹

Após seis anos de tramitação, o STF, por maioria dos votos, declarou improcedentes os pedidos da Abraed, mas ainda deixou dúvidas quanto à interpretação da Corte sobre o monopólio postal, de forma que não se pode afirmar que a jurisprudência constitucional tenha necessariamente avançado. Tais dúvidas persistem, sobretudo em virtude do entendimento prevalente de que a legislação infraconstitucional já teria esclarecido o que deve ser incluído ao conceito de *carta*, não cabendo à Suprema Corte acrescentar qualquer especificação à definição já existente. A seguir, serão analisadas as correntes interpretativas que se mostraram cruciais para o entendimento deste posicionamento do STF.

3.1. Análise dos votos da corrente majoritária

Da divergência inaugurada pelo Ministro Eros Grau, relator para o acórdão,²⁰ no sentido da improcedência total do pedido, formou-se a corrente majoritária composta dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Carmen Lúcia e, em um segundo momento, também do Ministro Carlos Britto. Todos os votos que integram essa corrente, com exceção do voto do Ministro Carlos Britto,²¹ serão neste momento analisados.

O que se pode adiantar, em linhas gerais, é que todos os ministros cujas teses lograram ser vencedoras convergem (i) partindo da distinção existente entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, o serviço postal se enquadra na categoria dos serviços públicos, (ii) explícita ou implicitamente, argumentam que essa definição decorre diretamente da Constituição Federal e que (iii) sobre o setor postal recai o regime de privilégio (distinguindo-o do monopólio, que incide apenas sobre atividades econômicas), ou seja, há exclusividade da União em relação a atividades do setor postal, (iv) cuja definição trazida pela Lei 6.538/1978 é suficiente para delimitar os contornos do seu exercício.

Embora o Ministro Eros Grau reconheça a existência de situações cuja classificação como serviço público ou atividade econômica seja mais difícil, entende que há “hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria; temos aí os serviços públicos por definição constitucional”.²² Esta seria, no seu entender, a conformação da hipótese trazida aos autos, e com isso questiona o cabimento da discussão trazida na inicial e no voto do Ministro Marco Aurélio. Os demais julgadores argumentam de forma muito semelhante; contudo, à exceção dos Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, não trazem fundamentos que sustentam a premissa do serviço postal configurar um serviço público, mas tomam como algo inquestionável, capaz de rechaçar qualquer questionamento.

A despeito do juízo tecido, há autorização legal no sentido da promoção da concorrência também em caso de serviço público, inclusive para os prestados mediante concessão, permissão ou autorização;²³ há também possibilidade de ser prestados no regime público, privado, ou em ambos, como ocorre no setor de telecomunicações.²⁴

Outrossim, não parece evidente que da dicção do verbo “manter” usado pelo constituinte de 1988 – copiado *ipsis literis* desde a Carta de 1937 – para tratar da competência da União em relação ao serviço postal, só exista um único resultado de sua valoração. Interpretar o verbo “manter” do mesmo modo que se faz com os dispositivos constitucionais que atribuem à União o dever de “prestar diretamente”, tal como fizeram alguns Ministros, afastando qualquer participação do particular no setor postal parece-nos desarrazoado, pois o sentido normativo atribuído distancia-se da realidade setorial.

Superado esse ponto, os magistrados passaram a tecer considerações sobre a incidência do regime de privilégio²⁵ no serviço postal. O Ministro Eros Grau entende que o regime de privilégios decorre diretamente da Constituição e que o serviço público poderá ser explorado, sempre em exclusividade, pelo particular mediante concessão ou permissão,²⁶ mas atualmente é outorgado à ECT e somente a Constituição poderia excetuar essa exclusividade.²⁷ Em sentido diverso, o Ministro Joaquim Barbosa

aduz:

“(…) a possibilidade de quebra do regime de privilégio em relação ao serviço específico de entrega de correspondência comercial [...] 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”.²⁸

Verifica-se, portanto, que partem de pressupostos distintos: se para o Ministro Eros Grau, a outorga legal ao particular não retira o caráter de exclusividade, porque só a Constituição poderia fazê-lo, o Ministro Joaquim Barbosa entende que a própria lei o excetuaria.

A outras questões que impactam na aplicação da Lei e, conseqüentemente, no número de ações que chegam ao Poder Judiciário, pouco se debruçaram os Ministros que aderiram à corrente majoritária. Nenhum deles se preocupou em trazer sua interpretação dos dispositivos que tratam das atividades sob o “monopólio postal” ou das definições de tais atividades; a alguns dos membros da Corte bastou citar os dispositivos da Lei 6.538/1978²⁹ ou copiar sua literalidade,³⁰ enquanto que outros sequer a abordaram.³¹ Com isso, na contramão do pedido, a discussão sobre quais objetos estão compreendidos no “monopólio” da União permanece.

Diante do exposto, verifica-se que, a despeito dos votos que integram a corrente majoritária convergirem em muitos pontos, ainda restam dúvidas sobre a regulamentação do setor postal cruciais ao exercício dos direitos pelos particulares, tal como o grau de liberdade do legislador para tratar da questão da exclusividade da União e dos casos limítrofes que não são facilmente resolvidos pela leitura da Lei 6.358/1978.

3.2. Análise dos votos da corrente intermediária

Dentre os posicionamentos veiculados na decisão, detecta-se uma linha aqui denominada intermediária, nela incluídos os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello. Isso porque, ainda que tangencie as outras duas posições em alguns aspectos, esta corrente funda sua argumentação na necessidade de criação de critérios normativos, que deem conteúdo aos conceitos que derivam dos textos constitucional e legal.

A fim de descrever como se deu o posicionamento dessa corrente, foram selecionados os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes para análise e exposição de seus principais argumentos.

O Ministro Lewandowski posicionou-se no sentido de que “a competência privativa da União para manter o serviço postal, nos termos do artigo 21, X, da Constituição Federal, não engloba a correspondência comercial e a entrega de encomendas”.³² Portanto, compreende o julgador em questão que “monopólio estatal” se limitaria à entrega de correspondência pessoal, que denomina “serviço postal *stricto sensu*”. Prossequindo, entende por correspondências comerciais que, logo, estariam fora do “monopólio estatal”, são elas: entrega de talões de cheques, cartões de crédito, cartões de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas e impressos. Encomendas e serviços de *courrier* também estariam excluídos do monopólio, segundo o voto do Ministro.

Nesse sentido, parece-nos que encerra seu voto aproximando-se do posicionamento do Ministro Marco Aurélio, na medida em que reforça que “a livre iniciativa configura um dos fundamentos do Estado democrático de Direito”.³³ O Ministro Lewandowski volta algumas vezes a reforçar esse posicionamento, inclusive por meio de manifestações nos debates ocorridos ao longo do julgamento, fazendo-o sempre no sentido de restringir o conceito de serviço postal, confrontando com a ampliação conceitual defendida pelo Ministro Carlos Britto.³⁴

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, parece ir conformando sua opinião ao longo do julgamento da ADPF, sendo menos resolutivo que o Ministro Lewandowski. Primeiramente, emite seu voto em 12.06.2008,

e, nessa ocasião, questiona a imediata transposição do texto da Lei 6.538/1978 para os dias atuais. Segundo ele, 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 monopolística”.³⁵ Contudo, destaca esse aspecto para concluir que os conceitos abertos existentes na Lei justificavam o acolhimento da presente ADPF apenas em relação aos dispositivos dela que dispunham sobre a criminalização da violação do monopólio.

Durante participação no debate com seus pares, refina a argumentação, avançando no sentido da construção de conceitos:

“Eu não consigo imaginar, por exemplo, que nós possamos invocar essa ideia de serviço público monopolístico para a entrega dos jornais, que se faz em geral, hoje, às cinco da manhã, e dizer que toda essa atividade, hoje realizada por empresas privadas, tivesse que ser desempenhada exclusivamente pela Empresa de Correios e Telégrafos”.³⁶

Segue, todavia, posicionando-se pela não recepção por parte da Constituição Federal de 1988 apenas do art. 42 da Lei em análise, discutindo a abrangência do serviço postal enquanto atividade exclusiva da União para que tenha correlação com a realidade. Conclui, desse modo, que a exclusividade limita-se apenas a cartas, cartão-postal e correspondência agrupada, dando interpretação restritiva que exclui a distribuição de boletos. Apesar do esforço dos Ministros Lewandowski e Gilmar Mendes no sentido da melhor adequação dos conceitos, vê-se, no debate ocorrido à última sessão, que a maioria formada com o voto condutor do Ministro Eros Grau não define a extensão dos conceitos, tampouco essa questão foi debatida na ocasião.

Em seu voto definitivo, que é última manifestação no acórdão antes do encerramento do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, na posição de Ministro-Presidente da Corte, narra o desenvolvimento do julgamento até aquele ponto, aduzindo, inclusive, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal naquilo que se refere à definição de serviço público. Por fim, reajusta seu voto no sentido de:

“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 6.638/78, 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”.³⁷

Apesar do esforço de definição por parte dos Ministros Gilmar Mendes e Lewandowski sobre a extensão que hoje deveria ter o conceito de “carta” ter se mostrado infrutífero, nenhum deles parece discordar que o ambiente econômico brasileiro mudou significativamente desde a edição da Lei, ou mesmo negar a competência do Poder Legislativo para definir esse conceito a fim de adequá-lo à nova realidade nacional.

3.3. Análise do voto do Ministro Carlos Britto

A análise apartada do voto em questão se justifica não apenas por ter sido o que veio a decidir o acórdão, ao declarar que compunha maioria, por aproximação, filiando-se à tese defendida pelo Ministro Eros Grau. Mas, especialmente, pela sua *ratio decidendi* não constar propriamente do voto escrito apensado ao acórdão, mas nas suas declarações em debates que ocorreram durante a votação da ADPF 46-7.³⁸

Do voto proferido em 17.11.2005, depreende-se que o entendimento do Ministro Carlos Britto é no sentido (i) do serviço postal ser serviço público reservado constitucionalmente à competência da União que, pela interpretação do verbo “manter”, não pode deixar de ser prestado. Ademais, entende que (ii) é o único serviço público não passível de trespasse à iniciativa privada; logo, tanto a titularidade quanto o exercício recai na União. Explica, ainda, (iii) que essa especificidade decorre da sua destinação, qual seja, de favorecer a comunicação privada entre pessoas, a integração nacional e o sigilo da correspondência.

Em seguida, questionando-se sobre o âmbito de incidência do sigilo, delimita à “correspondência epistolar

e telegráfica, porque essas são cercadas, pelo inciso X do artigo 5.º da Constituição, de cautelas especiais (...).³⁹ Reconhecendo dificuldade na caracterização do que seja correspondência epistolar, pondera ser aquela em que há comunicação “de caráter rigorosamente privado entre pessoas no plano da privacidade”.⁴⁰ E conclui no sentido de que “aquilo que tiver caráter rigorosamente mercantil, comercial, eu excluiria dessa atividade da União”,⁴¹ inclusive documentos e encomendas. Confirma-se a parte dispositiva de seu voto:

“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 n. 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”.⁴²

Portanto, verifica-se que o Ministro Britto está analisando o cabimento da exclusividade da União como uma questão prejudicial à recepção da Lei postal perante a nova ordem constitucional, concluindo no sentido de que se restringe às cartas e correspondências agrupadas que não tenham caráter mercantil. Logo, em sentido contrário, seria possível concluir que cartas e correspondências agrupadas com caráter exclusivo e nitidamente mercantil estariam livres à atuação das empresas privadas. Contudo, ainda que esse cenário seja constatável a partir do voto, altera-se completamente com os debates ocorridos às últimas sessões, no ano de 2009.

Na penúltima sessão, após todos os votos terem sido proferidos, ocorre o primeiro ajuste no voto do Ministro Carlos Britto no sentido de restringir ainda mais a definição de serviço postal, suprimindo, para além das encomendas, também os impressos. Verifica-se, portanto, até esse estágio de julgamento, que há alargamento do campo de livre atuação da iniciativa privada no setor postal por parte de tal julgador. Contudo, ao final dessa sessão, os Ministros depararam com uma situação peculiar: a soma dos votos não dava resultado algum à ADPF 46-7 porque não havia se formado maioria.⁴³ Há suspensão do julgamento, o que dá nova oportunidade para o Ministro Britto rever seu entendimento antes de proferido o resultado final pelo Ministro-Presidente. É nessa ocasião que há uma reviravolta no julgamento.

Em 05.08.2009, os ministros discutem questão de ordem sobre o critério a ser adotado para desempate do julgamento.⁴⁴ No primeiro debate,⁴⁵ o Ministro Carlos Britto afirma ter inaugurado a terceira corrente de votação, proferindo voto médio que, por aproximação, assemelhava-se mais ao do Ministro Eros Grau por entenderem que o serviço postal é tipicamente serviço público, dele excluída encomenda e impresso. Entretanto, o Ministro Gilmar Mendes relembra ao Ministro Britto que este havia reduzido teleologicamente o conceito de carta para que não abarcasse objetos com caráter mercantil, a ele solicitando que esclarecesse esta compreensão. O que o faz nos seguintes termos:

“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”.⁴⁶

O Ministro Carlos Britto, destarte, passa a claramente sustentar nova tese, incluindo os boletos⁴⁷ como atividade exclusiva da União e ampliando o conceito de carta. Conclui, por fim, que seu voto “julga quase totalmente improcedente”⁴⁸ se der aos fundamentos um “misto de dispositivo”.⁴⁹

4. Análise crítica da decisão

Para uma análise crítica da ADPF 46-7, antes de tudo, é necessário traçar algumas considerações sobre o debate de fundo adotado como pressuposto nos votos que compuseram a decisão: os serviços postais, afinal, são serviço público ou atividade econômica?

O atual texto constitucional prevê, em seu art. 21, X, que compete à União a manutenção do serviço postal. Não há, entretanto, qualquer disposição acerca da prestação dos serviços postais de forma exclusiva, tendo-se em conta que o art. ^{RTD} 177 da ^{RTD} CF/1988, que estabelece o rol dos monopólios, não insere os serviços postais nessa lista. Ainda assim, no julgamento da ADPF 46-7, o STF declarou ter sido o monopólio legal dos serviços postais recepcionado pela Constituição de 1988, o que, segundo os Ministros, decorreria da natureza jurídica de serviço público desta atividade.⁵⁰

Adotando-se aqui um conceito extrajurídico de serviço público – o qual se entende que dialoga perfeitamente com a razão de ser dos serviços públicos assim eleitos pela Constituição de 1988 –, considera-se que este seria definível como aquele que precisa ser prestado pelo Estado devido à falta de interesse de agentes privados em fazê-lo por iniciativa própria.⁵¹ Em outras palavras, o Estado deveria atuar diretamente em setores de serviços essenciais à população em virtude da existência de falhas de mercado ou de não haver perspectivas de ganhos econômicos (financeiros) por parte de agentes privados.⁵²

Assim, compreende-se que, contrariamente ao que considerou o STF, seria possível classificar os serviços postais como serviços públicos apenas em um primeiro momento histórico brasileiro, uma vez que, inicialmente, o setor privado não tinha capacidade econômica suficiente para ingressar neste setor. Todavia, em decorrência do distanciamento do Estado da função de prestador direto de serviços e das evoluções tecnológicas ocorridas, os serviços postais se tornaram muito semelhantes à típica atividade econômica. Dessa forma, a intervenção estatal que compreende o serviço postal como sendo público, quando este a rigor é atividade econômica, revela uma interferência inadequada do Estado no âmbito privado.⁵³

Desse modo, a primeira avaliação que brevemente (uma vez que não é o escopo principal deste trabalho) se propõe ao julgamento da ADPF analisada é que foi perdida a oportunidade de debater de fato se o monopólio postal exercido pela ECT se adequa à Ordem Econômica vigente, quando declarou a recepção da Lei 6.538/1978.

Outra questão relevante diz respeito aos possíveis prejuízos sociais gerados por tal posicionamento por parte do STF, uma vez que a experiência de desestatização poderia ter mostrado êxito, em prol do usuário do serviço postal⁵⁴ – o que já se verificou em outras áreas, como a de telecomunicações, energia elétrica e petróleo. Preservando-se o monopólio, contudo, o consumidor fica limitado em sua possibilidade de escolha e, além disso, desestimula-se o investimento em inovações e qualidade para o serviço a ser desenvolvido.⁵⁵ Nota-se ainda que a ineficiência do serviço prestado não é a única característica típica dos monopólios estatais, estes também são centros de corrupção e foco de todos os problemas da burocracia e política brasileiras.

Mas um dos maiores problemas da decisão parece envolver a controvérsia em torno do conceito jurídico de “carta”. E isso porque, embora se note que majoritariamente tenham-se inclinado a restringir o conceito de “carta” às missivas privadas e não comerciais, os Ministros do STF acabaram por não pacificar explicitamente a questão. A mudança de posicionamento por parte de alguns Ministros ao longo do julgamento, bem como a falta de clareza e precisão na fundamentação das mudanças e, assim, na redação do acórdão, podem ser entendidas como fatores potencializadores de litígios judiciais envolvendo a temática iniciados pela ECT. Caso tivessem sido julgados procedentes os pedidos da Abraed, no sentido de restringir o conceito de carta e excluir do âmbito da reserva legal as *correspondências comerciais*,⁵⁶ resultado mais lógico em razão do teor dos debates entre os Ministros no Plenário, seriam inúmeras as vantagens e benefícios gerados à sociedade como um todo. Seria possível a aplicação do regime concorrencial a todo o setor de serviços postais comerciais, produzindo todos os efeitos positivos da concorrência não apenas para as empresas associadas à Abraed, mas para novos concorrentes e, principalmente, consumidores.⁵⁷

5. Conclusão

Os serviços postais, estando inseridos no contexto da revolução tecnológica informacional, sofreram grande impacto e tiveram de se readequar aos novos parâmetros de organização social que, cada vez mais, exigiam o incremento de complexidade e capacidade das redes informacionais. O alcance e a velocidade foram pontos cruciais nessa mudança de paradigma, de modo que as empresas do setor postal precisaram repensar suas estratégias comerciais para não perder sua lucratividade e sobreviver em termos econômicos. Houve, em complemento, significativa diminuição das formas tradicionais de comunicação privada que foram gradualmente substituídas e o respectivo aumento das trocas postais com finalidade comercial. Essa realidade setorial demandava mais especialidade e agilidade para garantir a manutenção da sua relevância estratégica, especialmente diante da evolução dos objetos postais e alteração da logística envolvida.

No caso brasileiro, esse quadro fático impactou principalmente a ECT, que precisou reestruturar o objeto e forma de prestação de seus serviços, que gradualmente se aproximam de atividades econômicas em sentido estrito. Grande parcela do mercado postal recai sobre as encomendas, e, quanto a estas, a ECT deveria atuar em regime de concorrência com os agentes privados. Entretanto, por existir parcela do mercado sob o “monopólio” da União, a ECT passou a se apropriar de conceitos jurídicos indeterminados para buscar incluir também objetos diversos no conceito legal de “carta”. A imprecisão na definição legal, por sua vez, acabou por gerar distorções concorrenciais que agravaram a insegurança jurídica e econômica dos outros *players*.

Em virtude desse quadro fático, é que a Abraed ajuizou a ADPF 46-7/DF – objeto de estudo do presente artigo – buscando, por meio da decisão do STF, solucionar incertezas que acarretavam em efeitos negativos no desenvolvimento do setor. Nesse sentido, principalmente o alto risco de sofrer ações judiciais intentadas pela ECT alegando violação ao privilégio postal que, como questão central ou pano de fundo, sempre discutiam a conceituação de carta e encomenda para verificação dos objetos compreendidos nesses conceitos.

No entanto, verifica-se que as expectativas dos agentes privados, tanto os que atuam no setor postal quanto os que dele dependem para operar seus negócios, restaram frustradas, já que o julgamento da ADPF não avançou suficientemente na questão e manteve algumas incertezas cruciais que acabaram por agravar a realidade jurídica do mercado, notadamente no de encomendas de pequeno porte, uma vez que a decisão do STF passou – enquanto argumento de autoridade – a ser usada como fundamento da ECT nas novas ações propostas, explorando, além dos déficits da regulamentação, os aspectos silentes ou controvertidos da decisão. Diante disso, permanece sem resposta a questão colocada pelo então advogado da Abraed, Dr. Luis Roberto Barroso, durante os debates do caso: “agora eu quero saber se um buquê de flores com um cartão é considerado correspondência agrupada”⁵⁸ ou encomenda.

6. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 46-7. Disponível em [<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608504>]. Acesso em: 09 abr. 2015.

CASTELLS, Manuel. *O poder da informação*. A era da informação: economia, sociedade e cultural. v. 2. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

COMANDINI, Vincenzo Visco. Postal Services. *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond – European Monographs*. Damien Geradin Editor. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000.

COUNCIL OF SUPPLY CHAIN MANAGEMENT PROFESSIONALS (CSCMP). *Glossary of terms*. Disponível em:

[<http://cscmp.org/>]. Acesso em: 15 abr. 2015.

ECT. Relatório de administração (exercício de 2013). Disponível em: [www.correios.com.br/sobre-correios/a-empresa/publicacoes/relatorios/relatorios-de-administracao/pdf/RelatorioAdministracao_2013.pdf]. Acesso em: 17 mar. 2015.

EU. *Directive 97/67/EC of the European Parliament and of The Council of 15.12.1987 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service.*

GABAN, Eduardo Molan. *Regulação do setor postal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MELLO, M. A.; COUTINHO, M. 25 anos de interpretação constitucional. Uma história de concretização dos direitos fundamentais. *O Estado de S. Paulo*. 09 out. 2013. Disponível em: [<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>]. Acesso em: 17 abr. 2015.

MESQUITA, Clarissa Ferreira de Melo. *Regime jurídico do setor postal: desafios contemporâneos e perspectivas para o setor*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOTTA, N. Apagão postal. *O Estado de S. Paulo*. Caderno Cultura. 09 abr. 2010. Disponível em: [<http://cultura.estadao.com.br/noticias/geral,apagao-postal,535792>]. Acesso em: 17 abr. 2015.

PINHEIRO, Wagner. Diante de um mundo sem cartas, os Correios mudam. *Carta Capital*. n. 808. São Paulo, 19 de julho de 2014. Disponível em: [www.cartacapital.com.br/revista/808/ninguem-escreve-ao-coronel-8771.html]. Acesso em: 15 abr. 2015.

QUEIROZ, Julian Nogueira de. A questão do monopólio dos correios e a ADPF 46-7. *Cognitio Juris*. ano II. n. 4. João Pessoa, abril 2012. Disponível em: [www.cognitiojuris.com/artigos/04/01.html]. Acesso em: 17 abr. 2015.

RABOY, Marc; LANDRY, Normand. *Civil society, communication and global governance: issues from the World Summit on the Information Society*. New York: Peter Lang Publishing, 2005.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. *O desafio latino-americano: coesão social e democracia*. Trad. Renata Telles. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

Pesquisas do Editorial

- REGIME CONSTITUCIONAL DO SERVIÇO POSTAL. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA, de Luís Roberto Barroso - RT 786/2001/131
- SERVIÇOS POSTAIS, RELAÇÃO DE CONSUMO E RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS POR ATRASO NA ENTREGA COMENTÁRIOS À DECISÃO DO RESP1.210.732/SC, de Bruno Miragem - RDC 86/2013/311
- A IMUNIDADE RECÍPROCA DOS CORREIOS E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de Victor David de Azevedo Valadares - RTrib 130/2016/109

