



SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE FORMAÇÃO - 2006

Nos labirintos do STF: em busca do conceito de serviço público.

Orientador: Prof. Dr. Diogo Rosenthal
Coutinho

Autora: Adriana de Moraes Vojvodic

Monografia apresentada à Escola de
Formação da Sociedade Brasileira de Direito
Público como trabalho de conclusão de
curso.

São Paulo

2006

Índice

1. Introdução.....	3
1.1 . Essencialista ou formalista: escolher não é preciso.....	4
1.2 . Delimitação da pesquisa.....	6
2. Desenvolvimento do trabalho.....	9
2.1. Metodologia.	9
2.2. Índice de acórdãos.....	15
3. Serviços públicos no STF.....	16
3.1 . O RE 220.906 – A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.....	16
3.2 . Análise comparativa.....	25
3.2.1. Serviço Público ou Monopólio?.....	25
3.2.2. Precedente: não cabem precatórios para a ECT.....	27
3.2.3. Outro privilégio da ECT: imunidade tributária.....	29
3.2.4. Os privilégios são extensíveis a outros setores ou tipos de empresas?.....	33
3.2.5. Serviço público como dever do Estado.....	40
4. Conclusão – fim dos serviços públicos?.....	44
5. Bibliografia citada.....	50
6. Acórdãos citados.....	51

1. Introdução¹

O que começou como uma intenção de compreender melhor o que são – ou talvez o que eram – os serviços públicos no direito brasileiro, tornou-se uma interessante descoberta acerca das peculiaridades existentes no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal. As breves linhas que se seguem pretendem explicitar algumas das dificuldades iniciais e as razões pelas quais a presente monografia tomou os rumos por fim consolidados.

Mesmo após já ter adquirido o hábito de ler uma grande quantidade de decisões provenientes desse tribunal, inaugurar uma pesquisa em torno de um tema específico – um conceito determinado, demonstrou-se tarefa bastante árdua e, inicialmente infrutífera. Ficou-me claro que a leitura esparsa de decisões de diferentes temas, o que permite um ótimo grau de aproximação a esses temas visados, esconde, ou ao menos mitiga, a confusão argumentativa encontrada em um conjunto de decisões voltadas ao mesmo tema.

Ao tentar reconstruir essa linha argumentativa, tem-se a impressão de ingressar em um verdadeiro labirinto: a leitura das decisões mais recentes impelem à leitura de mais antigas, que por sua vez não guardam necessariamente relação direta com o objeto da decisão, passando-se à citação de casos absolutamente desconexos entre si, num caminho irregular em que argumentos não se concatenam, datas avançam e retrocedem e idéias ressurgem após uma verdadeira ginástica intelectual.

¹ Agradeço a inestimável ajuda que recebi dos professores Diogo Rosenthal Coutinho, meu orientador, e Carlos Ari Sundfeld para a elaboração deste trabalho.

1.1. Essencialista ou formalista: escolher não é preciso.

Antes de indicar quais são as hipóteses e os objetivos do presente trabalho, é necessário um rápido esclarecimento acerca do tema que aqui se propõe desenvolver. Amplamente discutido na doutrina brasileira – em especial durante a última década, época em que se observou uma mudança substantiva no modo de se encarar o Estado brasileiro e suas atribuições, o tema dos serviços públicos é mais comumente abordado sob dois diferentes aspectos: sua evolução, retomando autores franceses do início o século XX, principalmente Hariou, Dugui e Jèze², e a distinção entre as concepções formalistas e as essencialistas de serviços públicos, segundo uma classificação que pretende separar os autores entre aqueles que entendem serem esses serviços somente os previstos pela legislação positivada – e, portanto, todo serviço gerido em regime de direito administrativo –, daqueles que encaram-nos como elementos inerentes à formação de uma coesão social e que, devido a isso, independem de uma previsão legal expressa para assim o serem.³

Apesar da verificação da maior frequência desses elementos na produção doutrinária, o presente trabalho não se pautará em nenhum deles para o seu desenvolvimento. Tal não se dá em decorrência da adoção de diferentes premissas teóricas ou da inconformidade das teses levantadas por esses autores com o que se propõe aqui produzir, mas tão somente em virtude da insuficiência constatada nesses trabalhos no

² Estes últimos, criadores da Escola de Bordeaux, ou Escola do Serviço Público, que muita influência teve na importação de teorias e conceitos por parte da doutrina brasileira.

³ Um bom exemplo dessa distinção pode ser percebido ao se contrapor as seguintes afirmações: “Os elementos comuns às atividades qualificadas como serviços públicos são (...): Vínculo orgânico com a Administração (...) [e] a atividade de prestação é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo.” Odete Medauar, “Serviço público”, pp.110, e, em sentido oposto, “Serviço público (...) é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização (...) [de um] serviço público é a vinculação ao interesse social.” Cf. Eros Roberto Grau, “Constituição e serviço público”, pp.257.

momento em que se passa a analisar os problemas suscitados em casos concretos.

O tom prescritivo da maioria dos textos doutrinários, aliada à comum desconexão existente entre o que se afirma ou prescreve e a realidade dos fatos, contribui para a ampliação do descompasso que se observa entre os trabalhos teóricos e os problemas efetivamente enfrentados pelos tribunais e operadores do direito. Duas visões de um mesmo objeto – visões paralelas e que não dialogam entre si⁴ -, levam ao desenvolvimento de classificações empobrecedoras e muitas vezes demasiado simplistas, inaptas a fornecer respostas úteis e esclarecedoras àquele que se questiona frente aos conceitos estanques criados, moldados e fixados pela doutrina.

Deve-se, assim, à constatação de serem as tradicionais classificações não só insuficientes para o manejo desses institutos, como também demasiado afastadas da real forma como se desenvolvem os problemas e particularidades dos serviços públicos, a tentativa da presente pesquisa de ir além das categorias tradicionalmente aceitas tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência⁵. Isso não significa, por sua vez, que a classificação tradicional será de todo abandonada. Dado que ela constitui ainda parte importante do corpo argumentativo da corte, a ela será dada grande atenção. A ressalva levantada no presente tópico refere-se unicamente ao objetivo do trabalho. Ele não se voltará a determinar se a corte é essencialista ou formalista. Uma conclusão como esta seria, como já rapidamente exposto, absolutamente inútil.

⁴ Ainda que seja intensa a utilização de argumentos da doutrina pelas decisões judiciais, não é com a mesma frequência que se encontram trabalhos doutrinários voltados à análise do que se produz jurisprudencialmente.

⁵ Jurisprudência que, paradoxalmente, se apóia nessas classificações quando ao mesmo tempo as flexibiliza e permite que se chegue a conclusão da ineficiência de sua utilização.

1.2. Delimitação da pesquisa

O enfoque que será privilegiado toma como ponto de partida a distinção, presente na constituição federal, entre as atividades econômicas e os serviços públicos. A constituição brasileira separa, em seu Título VII - Da ordem econômica e financeira, dois sentidos distintos para a atuação do Estado na exploração da atividade econômica. Dessa forma, delimita o caput do artigo 173 da CF⁶ o campo das *atividades econômicas em sentido estrito*, reservado à atuação dos agentes privados, no qual a interferência do Estado se dá de forma excepcional. Por outro lado, o artigo 175 da CF⁷ dispõe acerca dos *serviços públicos*, atividades voltadas à satisfação das necessidades da população e cuja prestação se encontra sob a responsabilidade primordial do Estado, recaindo sobre ela, portanto, regras de direito público⁸.

A submissão dessa prestação de serviços a um regime jurídico específico, faz com que a lógica que rege tal prestação se diferencie substancialmente daquela que sustenta a exploração da atividade econômica em sentido estrito. Ocorre, no entanto, que as regras específicas de cada regime jurídico não são encontradas com tanta facilidade. Assim, após a simples tarefa de identificar qual será o regime em que se enquadra cada atividade, surge o real impasse do operador

6 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

7 "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."

⁸ Essa nomenclatura - atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos, como sub-espécies da atividade econômica em sentido lato - é atribuída a Eros Grau, cf. Eros Roberto Grau, "Constituição e serviço público", e é adotada pela jurisprudência mais recente do STF, mais especificamente a partir de 2000, vide, RE 220.906, por exemplo. Acrescenta-se a essa distinção a titularidade atribuída a cada um: "O serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado", cf. ADPF 46, voto Eros Grau, pp.4

do direito: quais serão as regras aplicáveis a cada um desses regimes? Os princípios norteados de cada um são aparentemente claros, mas concretiza-los e solucionar eventuais conflitos demanda uma reflexão e uma argumentação mais apuradas e conscientes daquele que os faz. É nesse ponto que a atividade do STF se torna relevante. Mais do que apresentar critérios para a distinção entre atividades econômicas e serviços públicos, a ação do tribunal se mostra mais intensa e criativa no momento em que atribui, a cada uma das espécies, características diferentes entre si.

Os efeitos da distinção, dessa forma, serão aqui enfocados. Quais são as conseqüências de se atribuir a uma determinada atividade a natureza de serviço público? São elas concedidas a todos os serviços públicos, indistintamente? Quais são as prerrogativas dispensadas àqueles que prestam esses serviços? Sustentam eles deveres diferentes entre si? Os diversos modos de prestação – diretamente pelo Estado, por particulares através de concessão ou permissão – acarretam conseqüências diversas? Tais foram alguns dos principais questionamentos levados em consideração na elaboração da análise a seguir. De certo modo, as respostas encontradas pretendem poder se chegar a uma conclusão acerca do que significa dizer que algo é um serviço público.

Tendo em vista os objetivos apresentados, o presente trabalho se estruturará da seguinte maneira: tópico 2. “Desenvolvimento do trabalho”, no qual esclareço como se deu a produção da monografia, incluída aí metodologia utilizada para pesquisa, bem como a relação das decisões selecionadas; tópico 3. “Serviços públicos no STF”, no qual se encontra efetivamente a pesquisa e as análises feitas sobre os acórdãos; tópico 4. “Conclusão – fim dos serviços públicos?”, ponto em

que apresento as possíveis respostas às questões levantadas e as dificuldades em se retirar uma afirmação efetivamente concludente a respeito do tema; tópico 5. “Bibliografia utilizada”; e tópico 6. “Acórdãos citados”.

2. Desenvolvimento do trabalho

2.1. Metodologia de pesquisa

A peculiaridade existente na tentativa de se determinar o que é, para determinado tribunal – e aqui me refiro exclusivamente ao STF, um específico conceito e quais são suas decorrências, está na tarefa que tem o pesquisador de agrupar, em um único documento, elementos que se encontram espalhados pelos mais diversos acórdãos. Isso significa que o tratamento fragmentado dado pelo STF aos problemas relativos aos serviços públicos – fragmentação esta inerente à função decisória do órgão⁹-, demanda um primeiro esforço no sentido de identificar quais serão as decisões relevantes e que permitam uma análise com vistas a uma conclusão minimamente sustentável.

Tendo em vista essa finalidade, não são necessariamente essenciais, para a análise que aqui se procederá, os acórdãos que expressamente tratem de um serviço público em particular¹⁰. Isso porque não é exclusivamente nesse tipo de decisão que se encontram os debates mais significativos acerca do tema. Essa constatação foi possível uma vez que uma primeira pesquisa no site do STF, tendo por objeto o termo

⁹ A fragmentação não é, em si, um indicativo de inconsistência ou incoerência da argumentação presente nas decisões e, portanto, não pode ser alvo de críticas. De fato, ao tratar de um aspecto específico de um serviço público, ou de uma única consequência decorrente do entendimento de que se está a tratar de um serviço público, não se poderia exigir – e também seria bastante criticável – que cada ministro expusesse todas as considerações que julga relacionarem-se com o conceito de serviço público. O que se propõe aqui, e o que entendo ser sim criticável, é a falta de um posicionamento claro dos ministros no que se refere às consequências de se identificar uma atividade como um serviço público. Como se verá mais adiante é insustentável, para fins práticos, classificar um ministro como essencialista ou formalista, de acordo com uma classificação conhecida entre juristas. Proceder uma análise que termine com conclusões desse tipo se mostra absolutamente insuficiente, já que tal classificação não permite que se verifique quais serão as consequências práticas da conceituação exposta por cada ministro.

¹⁰ Ou seja, exclusivamente aqueles que tratem de serviços públicos mais tradicionalmente reconhecidos como tais. Seriam eles, entre outros, saúde, educação, transporte ou saneamento.

'serviços públicos', mostrou que, aparentemente, a sua utilização não é feita de um modo muito criterioso pelo tribunal¹¹.

Não só o grande número de decisões, mas também a enorme quantidade de assuntos contidos nelas¹², já demonstram que pautar a pesquisa somente nesse termo não atenderia à finalidade que se colocou neste trabalho: determinar quais são os efeitos decorrentes da atribuição do conceito de serviço público a uma determinada atividade e contrapor essas conseqüências quando encontradas em diversos tipos de serviços.

Ao lado dessas decisões que têm por tema central algum serviço público, colocam-se aquelas que, de uma forma ou de outra, acabam por abordar pontos relevantes de discussão, mas que não são especificamente de serviços públicos. São decisões em que debates e posicionamentos significativos aparecem de forma incidental na controvérsia em julgamento e que, dessa maneira, não são obrigatoriamente levantadas naquela pesquisa inicial, baseada no recurso à expressão 'serviço público'.

¹¹ Como mera exemplificação, o termo de pesquisa 'serviço público' no campo de busca de acórdãos no site do STF identifica a existência de 2.747 decisões – pesquisa feita em novembro/2006.

¹² Assuntos como servidores (proventos, estabilidade, aposentadoria, etc), concursos públicos, detenção e advocacia são alguns dos temas levantados por essa primeira pesquisa e que não se relacionam com o objeto deste trabalho. Essa particularidade do termo 'serviço público' simboliza muito bem a dificuldade de se trabalhar com um conceito. Se não são fixados os parâmetros sob os quais o tema será tratado, pode-se chegar a uma afirmação, aparentemente paradoxal, como é a do ministro Carlos Velloso, encontrada no RE 262.651, pp.463/464: "Há serviços públicos e serviços públicos". E continua o ministro: "Há serviços públicos inerentes à soberania estatal, autêntico serviço público. Há serviços públicos essenciais à coletividade. (...) e há serviços que podem ser delegados. (...) há serviços públicos que podem até não estar incluídos nessas duas categorias (...), mas que são de prestação obrigatória pelo Estado, como, por exemplo, o serviço postal. Serviços que são remunerados mediante tarifa não são serviços públicos na sua pureza. Se permitidos ou concedidos, eles adquirem certa feição de serviços privados."

Por entender que são estas últimas as decisões que mais acrescentam elementos para uma análise que propõe um enfoque mais problemático do tema, foi necessária a estruturação de um esquema de trabalho que se voltasse a mapear as decisões jurisprudenciais de modo a identificar quais são as principais conseqüências decorrentes da atribuição do conceito de serviço público a uma determinada atividade. Tornava-se imprescindível um método de pesquisa que estabelecesse critérios objetivos¹³ de seleção de acórdãos, assim como deixasse claro o porquê das escolhas feitas.

A fim de atender a esse objetivo, o trabalho está estruturado da seguinte maneira: parte-se de um caso específico, uma decisão do STF que trata da impossibilidade de penhora de bens de empresa pública prestadora de serviços postais (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT) e determina a aplicação do artigo 100 da constituição federal¹⁴, equiparando-a à Fazenda Pública. Trata-se do RE 220.906/DF, julgado pelo STF em 16 de novembro de 2000. A escolha de tal acórdão deu-se pela constante citação feita a ele tanto nas decisões posteriores da própria corte, quanto em trabalhos doutrinários referentes ao tema de serviços públicos¹⁵.

¹³ Ainda que a objetividade pura não possa ser alcançada, o estabelecimento de critérios e a fundamentação das escolhas feitas permitem, além de um maior grau de imparcialidade daquele que pesquisa, o compartilhamento dos pressupostos com aquele que lê o trabalho.

¹⁴ Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

¹⁵ De fato, controvérsias envolvendo a ECT não são desconhecidas por aqueles que trabalham mais diretamente com o tema. Tornou-se ponto de referência, como é o caso das posteriores decisões do STF, cf. RE 336.685/MG Rel. Min. Moreira Alves, AI-AgR 313.854/CE Rel. Min. Néri da Silveira, entre outras e de trabalhos doutrinários, cf Marçal Justen Filho, “Empresas estatais e a superação da dicotomia ‘prestação de serviço público/exploração de atividade econômica’”, pp.412, entre outros).

A sistematização dos argumentos encontrados nesse acórdão permite que se obtenha, de um modo mais claro, uma primeira conceituação do que o STF entende serem os serviços públicos e quais seriam as implicações decorrentes de tal entendimento.

O que se pretende fazer, em uma segunda parte do trabalho, é contrapor esses argumentos a fundamentações presentes em outras decisões relativas a serviços públicos a fim de verificar se há, ao menos na jurisprudência analisada, (i) uma constância na argumentação desenvolvida, (ii) uma referência a decisões já tomadas, (iii) a possibilidade de se retirar um conceito único de serviços públicos.

A leitura do RE 220.906 suscitou a busca por outros que, tratando do mesmo assunto, fossem capazes de acrescentar argumentos à análise iniciada e permitisse a contraposição de fundamentações apresentadas em diferentes épocas e contextos. A escolha das novas decisões parte de problemas tratados pelos ministros nos votos já analisados.

Dois âmbitos de pesquisa foram escolhidos: (i) uma pesquisa relacionada à ECT e ao serviço postal, na qual se procurou identificar outras conseqüências decorrentes da atribuição da natureza de serviço público a esta atividade; e (ii) uma pesquisa voltada a encontrar decisões que pudessem ser colocadas em contraposição aos argumentos presentes no RE 220.906, no esforço de verificar se os efeitos conferidos em virtude da atividade desempenhada pela ECT também são encontrados em outras decisões envolvendo serviços públicos.

Dessa forma, ao proceder-se nova pesquisa, também no site do STF, foram levantadas algumas decisões, limitando-se primeiramente àquelas

em que a ECT figurasse como parte¹⁶: o RE 222.041 – anterior ao RE 220.906 – que, apesar de admitir a impenhorabilidade dos bens da ECT, afasta a aplicação do artigo 100 da constituição federal, o RE 407.099, que trata da imunidade tributária da ECT – decisão que se tornou referência para todas as posteriores relativas ao mesmo assunto -, o RE 328.843, que também tem por objeto a imunidade tributária, mas que, por ser mais nova, acrescenta em sua fundamentação elementos relevantes -, e o AI-AgR 243.250, cujo tema central é a impenhorabilidade dos bens da ECT mas apresenta um curioso debate acerca da distinção entre serviços públicos e monopólios.¹⁷

O segundo foco de pesquisa partiu inicialmente do argumento da possibilidade de se realizar pagamentos por meio de precatórios. A questão central a ser observada seria: aplicação do artigo 100 da constituição federal se estende a qualquer tipo de empresa pública ou há alguma particularidade presente na ECT que modifica o seu regime jurídico? Para esse fim, serão analisados o RE 356.711, referente a uma autarquia portuária, e a AC 669 que se refere à Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô¹⁸.

De uma segunda linha de argumentação, centrada no fato de que serviços públicos são deveres do Estado, contrapor-se-á a argumentação presente no RE 220.999. Trata-se de um recuso extraordinário citado em diversos trabalhos doutrinários, cujo objeto central é a responsabilização da União ao pagamento de indenização de

¹⁶ O termo de pesquisa utilizado foi 'ECT e impenhorabilidade'

¹⁷ Também serão utilizados os votos dos ministros Marco Aurélio e Eros Grau, na ADPF 46, que apesar de ainda não publicada, já se encontram disponíveis no site do STF e permitem uma avaliação dos argumentos mais recentes relacionados ao tema.

¹⁸ AC 669 MC, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 26/05/06 é indicada também pelo serviço 'A constituição e o Supremo', como comentário ao artigo 30, V da constituição federal, que institui os serviços públicos de competência municipal.

empresa de transporte fluvial em que se debate a existência ou não de limites aos deveres do Estado quando estes decorrem da aplicação do artigo 175 da constituição federal. O mesmo debate, visto sob outra ótica - a do concessionário prestador de serviço público -, está presente no RE 262.651, acórdão levantado a partir de uma pesquisa no site do STF, a partir do termo `responsabilidade e concessionário e serviço adj2 público'¹⁹.

¹⁹ O RE 262.651 é o único acórdão apontado pela pesquisa feita nestes termos.

2.2 Índice de acórdãos²⁰

ECT

ADPF 46

RE 328.843

RE 407.099

RE 220.906

RE 222.041

AI-AgR 243.250

PAGAMENTO POR PRECATÓRIO

RE 356.711

AC 669

RESPONSABILIDADE

RE 262.651

AI-AgR 209.782

RE 220.999

²⁰ A relação das decisões, dividida de acordo com a forma com as quais se deram a pesquisa e o levantamento dos acórdãos, não se refere à ordem pela qual serão analisadas.

3. Serviços públicos no STF

3.1. O RE 220.906 – A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – 16/11/2000

De acordo com o que foi anteriormente explicitado, o início do mapeamento do tema 'serviços públicos' no âmbito do STF dar-se-á a partir da análise do RE 220.906. Nele, a questão central que se coloca é a possibilidade de aplicação do privilégio da impenhorabilidade de bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – a ECT, empresa pública federal, prestadora dos serviços postais.

Pretende a ECT²¹ que o privilégio da impenhorabilidade, decorrente da interpretação do art. 100 da constituição²² e atribuído expressamente às Fazendas – federal, estadual e municipal -, seja estendido também a ela em virtude de tratar-se de empresa pública monopolista de prestação de serviço essencial ao Estado. Assim, o artigo 21, X da constituição²³, ao atribuir à União o dever de manter o serviço postal teria, em verdade, instituído um serviço público exclusivo a ela. Decorrência de tal determinação seria o fato de que, por tratar-se de empresa prestadora de serviços públicos, a ela não se aplicaria o artigo 173 da constituição, especialmente seu §1º, inciso II²⁴, que estabelece a equiparação entre

²¹ No caso, a recorrente.

²² "Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim."

²³ "Art. 21. Compete à União: (...)

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

²⁴ "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (...)

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)

empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico empresas privadas (previsão que impediria um tratamento diferenciado à ECT, por tratar-se de empresa pública).

A fim de darem uma resposta à questão proposta – se estaria incluída no art. 100 da constituição federal a aplicação a empresas públicas prestadoras de serviço público – os ministros passam necessariamente pelo questionamento de uma premissa do raciocínio apresentado pela recorrente: seria o serviço postal um serviço público?

A resposta, sendo num sentido ou em outro, implica em conseqüências não só relacionadas à penhorabilidade dos bens. Essas conseqüências são previstas pelos ministros? Dotar de impenhorabilidade os bens da empresa tem alguma relação com o serviço que ela presta ou todas as empresas prestadoras de serviço exclusivamente federal são beneficiárias do mesmo privilégio? Estas são algumas das questões a serem analisadas nas decisões tomadas pelos ministros.

Diversas são as respostas dos ministros a tal questão. Manifestam-se sobre o tema Ilmar Galvão, Maurício Correa, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Velloso.

Inicialmente afirma o ministro Ilmar Galvão não se tratar de serviço público, mas atividade econômica exercida em forma de monopólio²⁵.

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

²⁵ Afirmação que ao final do julgamento é contrariada expressamente pelo próprio ministro Ilmar Galvão sem que se faça qualquer tipo de ressalva ou consideração que esclareça o porquê da mudança: 'O eminente ministro Marco Aurélio lembrou bem: monopólio não é. O que a constituição estabelece como monopólio é a exploração do petróleo' RE 220.906, pp.509. O ministro Moreira Alves também concorda com a caracterização do serviço postal como monopólio. Por ser de exploração exclusiva da União, tratar-se-ia de monopólio. O questionamento que surge, desse entendimento é: se serviço público é setor econômico reservado à atuação exclusiva do Estado, o que o diferencia de um monopólio? Qual seria a

No entanto a afirmação é feita de forma peremptória, não sendo acompanhada de qualquer tipo de fundamentação ou maiores explicações, não sendo útil para o estabelecimento de critérios aptos a distinguir as duas modalidades de atividade²⁶. Assim, monopólio e exclusividade na prestação de um serviço público são tomados como sinônimos, sem que se identifique um regime diferenciado entre eles.

Diferente desta, a classificação adotada pela maioria dos ministros segue a orientação proposta pela ECT: o serviço postal é, segundo esse entendimento, um serviço público. Seguem-na Maurício Correa, Nelson Jobim, Moreira Alves e Carlos Velloso. O que, no entanto, não significa idênticas fundamentações. Principais aspectos delas, e que podem trazer diferentes elementos para a discussão em análise, serão aqui expostas²⁷.

É com base na previsão do art. 21, X que o ministro Maurício Correa justifica a identificação dos serviços postais a um serviço público. A prévia distinção entre serviços públicos, especialmente os de conteúdo econômico e social²⁸, e atividades econômicas é tratada como exigência necessária para o Estado atuar no domínio econômico, sendo que a partir do momento em que o Estado determina a existência de um

diferença existente entre os serviços regidos pelos art. 175 e 177 da constituição? O RE 229.696, idêntico ao RE 220.906, aparece como comentário ao art. 177 da constituição na página 'A Constituição e o Supremo'. O AI-AgR 243.250, no qual se faz uma distinção entre serviços públicos e monopólios, será analisado no tópico 3.2.1.

²⁶ O argumento será comparado com a decisão do RE 222.041, no qual o STF decidiu pela não sujeição da ECT ao sistema de precatórios. Cf. tópico 3.2.2.

²⁷ A ressalva levantada nesse ponto é o de que nem todos os argumentos presentes nos votos serão aqui relatados. Foram escolhidos aqueles que, sob o aspecto que se propõe o presente trabalho, melhor esclarecem o posicionamento dos ministros com relação aos serviços públicos. A fim de se manter a coerência metodológica e para o possível controle das conclusões as quais chego ao final do trabalho, serão indicadas as páginas de todos os excertos transcritos.

²⁸ Ao longo do voto são identificadas subespécies de serviços públicos, sem que esclareça o que denota cada tipo específico. Assim, entre os serviços públicos haveria: serviços públicos econômicos, serviços públicos de interesse geral, e serviços públicos específicos. RE 220.906, pp.436 e 438.

serviço público, é instituído um âmbito separado para sua própria atuação. Âmbito no qual não se aplicam as regras do livre mercado, senão aquelas decorrentes de um regime jurídico de direito público²⁹.

A distinção exposta pelo ministro, a despeito de utilizar-se dos mesmos termos apresentados na introdução deste trabalho³⁰, não envolve os mesmos critérios e, principalmente, contribui para a criação de obstáculos a uma clara e efetiva separação entre eles. Isso se dá devido à fundamentação desenvolvida a fim de explicitar a legitimidade da instituição de um serviço público por parte do Estado, sempre por meio da constituição. Os fundamentos da atuação econômica do Estado, através dos serviços públicos econômicos, estariam presentes no caput do artigo 173³¹: segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

O que não significaria a aplicação do art. 173 à ECT. A atividade desempenhada pela ECT estaria presente na primeira parte do artigo 173: “Ressalvados os casos previstos nesta constituição...” exatamente por se tratar de serviço público mantido pela União Federal. Da ressalva decorre a decisão do ministro: às empresas públicas prestadoras de serviços públicos não se aplicam as regras pertinentes às empresas

²⁹ “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.” RE 220.906, pp.436. Separação esta decorrente da subsidiariedade existente na relação entre Estado e particulares no desempenho de atividade econômica: “Os princípios gerais que informam a distribuição de atividades entre o Estado e a iniciativa privada resultam dos princípios da participação estatal na economia e da subsidiariedade, em seus aspectos suplementar e complementar à iniciativa privada.” O posicionamento, hoje relativizado e remodelado, pode ser assim exprimido: somente o que não é de interesse do particular – ou seja, aquilo que não gera lucros – é de responsabilidade do Estado.

³⁰ Atividade econômica em sentido lato, subdividida entre atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos, cf. nota 7, pp.4

³¹ Este entendimento vai de encontro ao que parece ser uma das únicas afirmações correntes do STF em matéria de serviços públicos. A eles, e de acordo com o STF, não se aplica o art. 173, e sim o 175. Ao contrário do que parece afirmar o ministro Maurício Correa, o STF afirma que não seria por meio do art. 173 que se pode identificar um a atividade econômica. Identifica-se a atividade, se econômica ou se serviço público e, a partir da distinção, aplica-se respectivamente o art. 173 ou o art. 175 da constituição.

privadas. Isso significaria, automaticamente, a impossibilidade de penhora de seus bens e a determinação de pagamento de débitos por meio do sistema de precatórios.

O que não fica esclarecido, e nem mesmo é mencionado pelo ministro, é a razão de ser da vinculação feita entre a não sujeição ao art.173 e a impenhorabilidade dos bens³². Pertenceriam eles à entidade estatal mantenedora, o que implicaria um tratamento idêntico àquele que se concede à Fazenda Pública. Esta parece ser a única razão, presente no dispositivo do voto.³³

No mesmo sentido, e aprofundando-se em alguns dos argumentos já apresentados no voto anterior, vai a decisão do ministro Nelson Jobim. Um voto longo, que recupera o histórico da criação da ECT e da previsão de atuação do Estado no domínio econômico nas constituições mais recentes, bem como uma análise do contexto da edição do Decreto-lei 509/69.

A partir de uma interpretação do que significaria, para o ministro, a expressão atividade econômica, prevista no art. 173 da constituição, chega-se à seguinte conclusão, que será o parâmetro utilizado para a decisão final do ministro: "somente as empresas estatais que explorem atividade econômica em regime de mercado (...) 'reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas'. Ou seja, tal se dará se o Estado, via seus entes, agir no mercado como Estado-empresário".

³² Há previsão legal nesse sentido: a impenhorabilidade dos bens da ECT está prevista pelo Decreto-Lei 509/69. O que se questiona é a lógica desenvolvida pelo ministro: é serviço público, então é constitucional a disposição de impenhorabilidade de seus bens.

³³ RE 220.906, pp.439

Vê-se, assim, que da previsão da equiparação das empresas públicas às empresas privadas, presente no art. 173, depreendeu-se que tal disposição somente se aplicaria nos casos de exploração de atividade econômica, significando, automaticamente a impossibilidade de tratar-se de maneira similar as empresas prestadoras de serviços públicos³⁴. Em síntese, o art. 173 impediria qualquer tipo de aproximação dos regimes de empresas públicas prestadoras de serviços públicos ao regime das empresas (privadas ou estatais) executoras de atividade econômica livre ao mercado.

Fixada a regra, caberia somente a questão: em qual das modalidades se encontra a ECT? Ela presta um serviço público? A argumentação, neste momento parte para a tentativa de se fixar um conceito de serviço público, que, ao olhar do ministro, é conceito histórico político, que envolve a discussão sobre tamanho do Estado³⁵. “Incluir ou não determinada atividade no campo do serviço público, é uma opção política, que se realiza na história”³⁶, afirma em outro ponto o ministro.

Ocorre que a decisão política, no caso dos serviços postais, já foi tomada pelo constituinte. Eles são, serviços públicos exclusivo da União Federal³⁷. E assim sendo, não será aplicável o art. 173 e, conseqüentemente, constitucionais os privilégios conferidos à ECT³⁸ pelo decreto-lei 509/69, em especial a impenhorabilidade de seus bens. A

³⁴ Idêntico é o entendimento do ministro Carlo Velloso: “No caso, tem-se uma empresa pública prestadora de serviço público (...). Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integram o conceito de Fazenda Pública”. RE 220.906, pp.519

³⁵ RE 220.906, pp.467/468.

³⁶ RE 220.906, pp.469

³⁷ No momento em que atesta a característica de serviços públicos à atividade, insere-se também o entendimento de que se trata de setor “sonogado ao livre mercado”. RE 220.906, pp.466

³⁸ Outro privilégio seria a isenção do pagamento de impostos, presentes, por exemplo, nos RE 328.843 e RE 407.099, devidamente analisados no tópico 3.2.3.

implicação é automática: o serviço público desempenhado confere à empresa pública privilégios inextensíveis ao setor privado³⁹.

De modo completamente oposto se coloca o posicionamento do ministro Sepúlveda Pertence. Percebe a insuficiência da fundamentação dos demais ministros, que se limitam a dividir as empresas estatais entre aquelas que prestam serviços públicos das que exercem atividade econômica em sentido estrito e que, de acordo com esta distinção, validam ou não a regra da impenhorabilidade dos bens.

Importante afirmação, e que pauta a decisão proferida pelo ministro, é a de que “não se pode levar a conseqüências extremas a personalidade de direito privado das empresas estatais, não só das que prestam serviços públicos, mas até das que se criam para o exercício de atividades econômicas *stricto sensu*: todas elas (...) são essencialmente instrumentos personalizados da ação do poder público.”⁴⁰ E conclui: da diferenciação “não se extrai tudo quanto daí quiseram inferir os votos referidos, especialmente, no problema de quo: a execução por título judicial das empresas estatais, (...) ainda daquelas que (...) prestam serviços públicos por delegação.”⁴¹

Entende, assim, o ministro, que da caracterização de serviço público não decorre a aplicação de tão diferente regime jurídico. A ressalva aparece como importante contraponto aos votos já apresentados pois incorpora uma limitação às conseqüências que podem ser inferidas da instituição

³⁹ Questão: no caso de concessionárias, qual a preferência de aplicação: na qualificação de serviço público ou na qualificação de empresa privada. O que vale mais para a conseqüência? Se não se estende, o privilégio não se relaciona tanto com o serviço, mas com a natureza dos bens. Não é forte o argumento de interesse comum e essencialidade do serviço. A razão não é suficiente para sustentar outros tipos de privilégios.

⁴⁰ RE 220.906, pp.488/489

⁴¹ RE 220.906, pp.491

de um serviço público: ele não tem a capacidade de modificar o regime de pagamento⁴² da empresa que o desenvolve, seja ela pública ou privada.

O sistema de precatórios, exclusivo da Fazenda Pública, não se volta às empresas públicas, ainda que prestadoras de serviço público⁴³. Não figurou como empecilho a essa disposição eventuais influências que a determinação poderia promover na continuidade do serviço.

Na realidade, a impossibilidade de paralisação de serviço essencial à coletividade – imposição que submete os serviços públicos e seus prestadores ao regime jurídico de direito público – não impediria que bens não vinculados diretamente à execução desses serviços pudessem ser penhorados. Dessa maneira, o tratamento a ser concedido à ECT não poderia ser diverso daquele disposto sobre concessionárias privadas de serviços públicos⁴⁴. Impenhoráveis seriam, portanto, somente os bens, serviços e rendas afetos ao desempenho do serviço. O serviço público desempenhado não seria capaz por si só de incluir na previsão do art. 100 da constituição o pagamento por meio de precatório às empresas públicas⁴⁵.

⁴² Regime de pagamento que nada tem a ver com a disposição presente no §1º o art.173 da constituição. O entendimento do ministro, nesse ponto, é emblemático: “Não se cogita mais (...) de extrair do art.173, §1º, da Constituição, uma regra de equiparação compulsória entre as empresas privadas e as estatais prestadoras de serviço público, às quais (...) não se aplica aquele dispositivo da Lei Fundamental, só pertinente à exploração por empresas públicas ou mistas de atividades econômicas (...) abertas à livre iniciativa.” RE 220.906, pp.497

⁴³ Quanto às prestadoras de serviços públicos “não obstante se reconheça que a sua atividade-fim – a prestação de serviço público – redunde num maior influxo de normas de direito público, é preciso não perder de vista que constituem, por opção do Estado, pessoas jurídicas de direito privado” RE 220.906, pp. 492.

⁴⁴ Aqui cabem comparações entre empresa pública prestadora de serviços públicos e concessionário: com o RE 356.711, com a AC 669 e com o RE 262.651, feitas no tópico 3.2.4.

⁴⁵ Cabe incluir um comentário a respeito à parte final do voto do ministro Sepúlveda Pertence, que não se refere diretamente aos serviços públicos e suas características, mas que, por evidenciar uma peculiaridade do modo de decisão do STF, pode ser mencionado: O sistema de precatórios de precatórios seria incompatível com o regime de entes da Administração indireta, como o são as empresas públicas. O que a ECT pretende, desta forma seria uma “imitação do sistema de precatórios por entidade que não dispõe de orçamento legal em que se

A separação entre bens afetados e não-afetados, condição para a penhorabilidade dos bens e razão de decidir do ministro Sepúlveda Pertence, não é acolhida pelos demais ministros. Moreira Alves insere na discussão a dificuldade de se determinar o que são os bens afetados, inclusive com relação às rendas, “porque delas também depende a atuação dos serviços que são afetados a essas empresas públicas que exercem atividade monopolizada pelo Estado. (...) Pergunto: não há rendas afetadas? As rendas não são absolutamente essenciais para a continuidade? (...) É preciso distinguir as rendas afetadas das não-afetadas”⁴⁶

A preocupação do ministro Moreira Alves não se resume a um preciosismo injustificado. Na impossibilidade de se determinar, com exatidão, quais são os bens afetados ou não ao serviço prestado pela empresa, o que se deve garantir, acima de tudo, é a continuidade do serviço. Por tratar-se de serviço de execução exclusiva da União Federal, a não atuação da ECT, por falta de recursos financeiros, conduziria à inexistência da prestação do serviço e, conseqüentemente, ao descumprimento, por parte do Estado, de um dever a ele imposto constitucionalmente.⁴⁷ E isso, ao ver do ministro, seria inaceitável.

inclua verba necessária à satisfação delas (...) além de carecer de fundamento jurídico, nenhuma garantia de execução minimamente eficaz oferece aos credores.” RE 220.906, pp.503. O posicionamento do ministro é mais contundente quando afirma: “Estou “doido” para conhecer esse precatório de empresa pública.” RE 328.843, pp.7

⁴⁶ RE 220.906, pp.506.

⁴⁷ “Sucede, aqui, que é um serviço que só pode ser feito pela União. Se, porventura, houver impossibilidade de executá-lo, ninguém poderá fazê-lo. Esse é o problema, realmente, delicado” RE 220.906, pp. 506. Pode-se comparar o argumento de dever do Estado com o trazido no RE 220.999, presente no tópico 3.2.5.

A decisão final dá-se da seguinte maneira: Maurício Correa, Nelson Jobim, Sydney Sanches, Celso de Mello conhecem e dão provimento, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence não dão provimento.

3.2. Análise comparativa

De acordo com o que foi previamente apresentado, o que segue nos próximos tópicos⁴⁸ é o confronto feito entre alguns dos argumentos encontrados no RE 220.906, já indicados como pontos de comparação, e elementos presentes nos demais acórdãos levantados a partir da pesquisa descrita em tópico anterior.⁴⁹

Os pontos de comparação foram escolhidos em função de figurarem, nos votos já relatados, ou como fortes razões de decidir dos ministros ou por serem encontrados com maior frequência nesses votos. A partir da comparação procedida, o que se pretende é verificar se essas razões são tão decisivas quanto os ministros o querem.

3.2.1. Serviço Público ou Monopólio?

AI-AgR 243.250 – 10/02/2004

Ao argumento presente no RE 220.906, inicialmente formulado pelo ministro Ilmar Galvão, de não se tratar o serviço postal de um serviço público, mas atividade econômica exercida sob a forma de monopólio, acrescentam-se as afirmações inseridas no AI-AgR 243.250

⁴⁸ O nome de cada tópico se refere ao argumento que se encontra no RE 220.906, que deu ensejo à comparação procedida.

⁴⁹ Tópico 2.1., pp.6.

O acórdão, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, tem por objeto caso semelhante – extensão à ECT dos privilégios conferidos à Fazenda Pública⁵⁰ – e se encerra com um breve diálogo entre os ministros sobre a distinção entre serviços públicos e monopólio.

Diante da afirmação de que os serviços postais são monopolizados pela União, é novamente o ministro Marco Aurélio quem percebe que a aproximação que a interpretação do art. 21, X da constituição – adotada pela maioria do tribunal – no que diz respeito à forma da exclusividade na prestação desse serviço, conduz a uma confusão entre as duas categorias presentes nos artigos 175 e 177 da constituição. A in conformidade se exprime mais claramente quando Marco Aurélio pondera a respeito do serviço postal: “No corpo da Carta, mais adiante, quando se dispõe sobre monopólio, não há referência ao serviço postal”⁵¹

A dificuldade na distinção se agrava após a manifestação do ministro Carlos Ayres Britto, uma vez que afirma serem os serviços postais serviços públicos aos quais a constituição não inseriu o permissivo de concessão, permissão ou autorização no inciso X do art. 21. Dada a vedação constitucional, corroboraria a tese de que privilégios da Fazenda se fazem aplicáveis à ECT: “Essa extensão dos privilégios da Fazenda Pública aos Correios e Telégrafos – os Correios são uma empresa e não uma autarquia – *de certa maneira guarda conformidade* coma Constituição, porque, curiosamente, o único serviço público que ela tratou em termos de repasse (“autorização, concessão ou

⁵⁰ A decisão, posterior ao RE 220.906, confere à ECT os benefícios da impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços, devendo-se as execuções contra elas fazerem-se mediante precatório, em respeito ao art. 100 da constituição.

⁵¹ AI-AgR 243.250 – pp.5

permissão”) foi o dos Correios e Telégrafos⁵², ficando a inconstitucionalidade apontada pelo Ministro Marco Aurélio categoricamente afastada.

“Não há porque, quando se fala em atividade monopolizada, é de atividade econômica, e, aqui, é serviço público. Não teria mesmo que incluir correio na atividade monopolizada. Curioso. Literalmente correio é monopólio.”⁵³, acrescenta Carlos Britto.

O que se pode retirar da leitura dos votos e debates é a regra segundo a qual serviços postais, serviços públicos efetivamente, por não ter expressas as condições de repasse para particulares, deve ser explorado de forma monopolizada pelo Estado. Assim, não está presente no artigo 177 devido ao fato de não se tratar de atividade econômica em sentido estrito. O serviço postal, desta forma, seria um caso de exceção à regra presente no artigo 175. No momento em que se afirma haver serviço público não sujeito a repasse, não se dá aplicação à determinação constitucional de que a prestação de serviço público, incumbido ao Poder Público, se dá de forma direta ou sob regime de concessão ou permissão⁵⁴.

3.2.2. Precedente: não cabem precatórios para a ECT

RE 222.041 – 15/09/1998

52 Min. Carlos Britto, AI-AgR 243.250 – pp.4

53 AI-AgR 243.250 – pp.5

54 A expressão autorização, presente nos incisos XI e XII do art. 21 mas não mencionada no art.175, também é alvo de inúmeras controvérsias. A diferença no tratamento desses serviços específicos pode demonstrar a intenção do legislador em atribuir um regime jurídico especial àqueles presentes no art.21. Começa-se, portanto, a compreender a afirmação antes citada do ministro Carlos Velloso: “Há serviços públicos e serviços públicos”, contribuindo para a percepção de que é quase utópica a busca por um conceito único de serviço público.

A menção ao recurso presente neste tópico justifica-se pela decisão contrária tomada pelo tribunal, pouco tempo antes da decisão do já analisado RE 220.906, cujo início do julgamento deu-se em 16/11/2000 – apenas dois meses depois. Trata-se de caso semelhante – ECT requer o reconhecimento da impenhorabilidade de seus bens -, no qual o voto do ministro relator, Ilmar Galvão, é extremamente simples e taxativo: serviço postal é atividade econômica e, portanto, empresas que a desempenhem devem estar sujeitas ao art. 173 da constituição, que impede um tratamento diferenciado daquele concedido às empresas privadas, regidas pelo princípio da livre iniciativa e concorrência⁵⁵. O dispositivo legal no qual se apoiava a recorrente, art. 12 do Decreto-lei 509/69, não teria sido recepcionado pela constituição federal de 1988. Uma tal mudança faz com que os argumentos presentes no RE 220.906 ganhem um peso ainda maiores, já que se apresentam como uma mudança no entendimento da corte a respeito da matéria. Não é sem razão, portanto, que seja um dos acórdãos mais citados quando se trata de assuntos relacionados à ECT.

“Parece inquestionável que o pagamento dos débitos resultantes de sentença judiciária, por meio de precatório, regulado pelo art.100 e parágrafos da Constituição, é sistema que se impõe tão-somente às entidades de direito público (...). A norma, (...) não vedaria a aplicação do processo de precatório à execução dos débitos judiciais de responsabilidade dos entes da Administração Pública de natureza privada, não fosse o óbice insuperável do art. 173, § 1º, II da Carta de 88, que (...) impõe a sujeição da “empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade

⁵⁵ RE 222.041, pp.1161

econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”⁵⁶

Importa reconhecer a falta de questionamento a respeito de ser, ou não, um serviço público. “é fora de dúvida que não se trata de serviço público inerente ao Estado, mas de atividade econômica, conquanto exercida na forma de monopólio estatal, o que, como visto, não pode conferir à ECT posição privilegiada em face das empresas privadas”⁵⁷ A afirmação é feita peremptoriamente e é aceita, sem maiores questionamentos, pelos demais ministros.

Observe-se que grande importância se dava à questão legal imprimida no Decreto-Lei 509/69. A transformação de um Departamento vinculado à União em empresa pública⁵⁸, conforme se lê no art. 1º do DL 509, não impediu a previsão de privilégios atribuídos constitucionalmente à Fazenda Pública, conforme se encontra no art. 12 do mesmo DL.

3.2.3. Outro privilégio da ECT: imunidade tributária

56 RE 222.041, pp.3 e 4

57 RE 222.041, pp. 5

58 Decreto Lei 509/69 - “Art. 1º - O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT; nos termos do artigo 5º, ítem II, do Decreto lei nº.200, de 25 de fevereiro de 1967”

“Art. 12 - A ECT gozará de isenção de direitos de importação de materiais e equipamentos destinados aos seus serviços, dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais.”

Decreto-Lei 200/67 – “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: (...)

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

RE 407.099 - 22/06/2004 e RE 328.843 - 24/05/2005

A impenhorabilidade dos bens, serviços e rendas, privilégio concedido à ECT pelo decreto-lei 509/69, veio acompanhada de outro benefício, inaplicável às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, a imunidade tributária.⁵⁹

O recurso extraordinário 407.099, objeto de inúmeras citações posteriores na jurisprudência do tribunal, apresenta mais claramente a distinção necessária a se fazer – ao entender dos ministros do STF – entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos daquelas que exercem atividades econômicas reservadas à livre iniciativa.

O que se pode depreender da leitura conjunta desses acórdãos, é a relevância que a distinção estanque entre essas modalidades de empresas para a determinação do regime jurídico que se aplicará a cada uma das empresas.⁶⁰

Isso fica mais claro no momento em que se observa os votos de alguns dos ministros. O ministro Carlos Velloso afirma que há necessidade em se “distinguir empresa pública que presta serviço público de empresa pública que exerce atividade econômica, atividade empresarial, concorrendo com empresas privadas. A primeira, sempre sustentei, tem natureza jurídica de autarquia.”⁶¹

⁵⁹ E em virtude disso lamenta-se o ministro Marco Aurélio: “Começou o Tribunal reconhecendo que a execução é via precatório; agora, partirá para a imunidade.” RE 328.843, pp.7

⁶⁰ Argumento, como já visto, não aceito pelo ministro Carlos Britto.

⁶¹ RE 407.099, pp.1548. O excerto vem acompanhado de uma citação que o ministro faz de um precedente de sua própria relatoria – o RE 220.907 –, que se repete em todos os votos proferidos por Carlos Velloso quando o objeto em julgamento envolve a prestação de serviços públicos por empresa estatal: “É preciso distinguir as empresas que exploram atividade

No caso, tem-se empresa pública prestadora de serviço público. (...) Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, integram o conceito de fazenda pública.(pp.1555) A atuação estatal na economia, CF., arts. 173, 174 e 177 ocorrerá: mediante a exploração estatal de atividade econômica (CF, arts. 173 e 177), que será: 1.1. necessária (CF. art.173); 1.1.1. quando o exigir a segurança nacional, ou 1.1.2. ou o interesse coletivo relevante, tanto um quanto outro definidos em lei. Os instrumentos de participação do Estado na economia serão: a) as empresas públicas; b) as sociedade de economia mista; c) outras entidades estatais ou paraestatais, vale dizer as subsidiárias (CF. art. 37, XIX e XX; art. 173, §§1º, 2º e 3º). Ocorrerá, ainda, a atuação estatal na economia: 2)com monopólio: CF, art.177, incidindo, basicamente, em três áreas: petróleo, gás natural e minério ou minerais nucleares. A intervenção do Estado no domínio econômico dar-se-á (CF, 174); figurando o Estado como agente normativo regulador da atividade econômica, na forma da lei, fiscalizando, incentivando e planejando.(pp.1556)

A determinação do que é serviço público baseia-se na concepção de cada ministro acerca de qual deva ser o tamanho do Estado, ou seja, qual deve ser o grau de intervenção deste no domínio econômico já que, segundo seu entendimento, quanto mais atividades se relega ao exercício estatal, maiores são suas competências e incumbências, acarretando X.

econômica, que se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (CF, art.173, §1º), daquelas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, cuja natureza jurídica é de autarquia, às quais não tem aplicação o disposto no §1º do art. 173 da constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva." pp.1549

E, do mesmo modo como a impenhorabilidade dos bens e a sujeição ao art. 100 da constituição parecem decorrer automaticamente da diferenciação feita, também a imunidade tributária se aplica à empresa pública em tela: “Como a ECT é empresa pública prestadora de serviços públicos ela está abrangida pela imunidade tributária recíproca ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória exclusiva do Estado, que é o serviço postal, CF. art. 21, X.”⁶² Serviço Público como obrigação do Estado – argumento presente no RE 220.999 (v. tópico X, pp.X)

Uma importante observação é feita pelo ministro Sepúlveda Pertence: “Se trouxermos o art. 37, §6º à discussão, então, teremos que concluir que uma simples concessionária de serviço público, condenada, só vai pagar por precatório. Nesse dispositivo estão incluídas as concessionárias, ninguém discute.”⁶³

A constatação deixa clara a preocupação do ministro quando pensados os efeitos que a extensão do raciocínio para outros campos. Tratar Estado e concessionário como iguais seria mesmo um argumento plausível, capaz de ser utilizado em toda e qualquer circunstância? Ao que tudo indica, a ressalva levantada pelo ministro aponta para uma resposta negativa. Ou seja, dizer que Estado e particular, quando desempenham uma mesma atividade são iguais não parece ser verdadeiro em todas as situações. Os critérios para diferenciar-se um ou outro não estão nos votos.

⁶² RE 407.099, pp.1557. Faz-se notar o termo utilizado pelo ministro: ‘ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória exclusiva do Estado’. O que a prestação exclusiva agrega à empresa que faz dela merecedora de benefício de tal monta? A utilização pouco criteriosa de alguns argumentos utilizados pelos ministros dificulta a compreensão das reais razões de decidir.

⁶³ RE 407.099, pp.1549.

3.2.4. Os privilégios são extensíveis a outros setores ou tipos de empresas?

Mantém-se nesse tópico a preocupação resultante do comentário do ministro Sepúlveda Pertence. Questiona-se aqui não só a possibilidade dos privilégios concedidos à ECT poderem ser entendidos a outras empresas (estatais ou não), mas também a possível diferenciação que se percebeu haver no RE 262.651, entre as regras aplicáveis aos prestadores de serviços públicos (de acordo com a personalidade jurídica de cada um).

RE 356.711 - 06/12/2005

O primeiro acórdão a ser comparado, no qual se encontram votos de menor complexidade, encerra uma discussão a respeito de a aplicação do mesmo art. 100 da constituição a uma autarquia prestadora de serviços públicos portuários.

Baseado no precedente firmado pelo RE 220.906, inicia o ministro Gilmar Mendes: "O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual não há violação ao direito adquirido a execução contra empresa pública que preste serviço público deve ser realizada por meio de precatório", aliando-o aos argumentos presentes no RE 172.816 "no qual esta Corte decidiu que a norma do art. 173, § 1º, da Constituição Federal "aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às

sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade.”⁶⁴

“No presente caso a recorrente é uma autarquia, presta serviço público e recebe recursos estaduais, conforme dispõem os artigos 1º e 5º, II, do Regulamento da APPA (Decreto Estadual nº 7.447, de 21 de novembro de 1990). Dessa forma também não seria aplicável o disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal.”⁶⁵

Fica, dessa forma, assente a regra: empresas públicas, apesar de sua natureza privada, são tratadas como se Estado fossem quando prestam serviços públicos.

RE 262.651 - 16/11/2004

Sob uma diversa ótica foi apreciado o pedido de indenização de vítima de trânsito à empresa concessionária responsável pelo acidente. Com base no art.37, §6º da constituição, a vítima, não usuária do serviço prestado pela empresa concessionária, pleiteia o ressarcimento dos danos sofridos. A decisão do tribunal, que denega o pedido feito, tem como principal fundamento o fato de tratar-se de concessionária de um serviço público. Nesse sentido, a regra constitucional da responsabilidade objetiva só seria aplicável na relação prestador privado – usuário do serviço, excluindo-se aí eventuais danos causados a não usuários do serviço.⁶⁶

A divergência entre os dois posicionamentos adotados pelos ministros pode ser acompanhada a partir da leitura de dois excertos, dos

⁶⁴ RE 356.711, pp.4

⁶⁵ RE 356.711, pp.7

⁶⁶ Exclusão que não se observaria caso se tratasse de exploração direta do serviço pelo Estado. Nesse caso o não usuário seria também protegido.

ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa, respectivamente contrário e favorável à responsabilização da concessionária:

“Essa me parece, na verdade, a melhor interpretação do dispositivo constitucional, no concernente às pessoas privadas prestadoras de serviço público: o usuário do serviço público que sofreu um dano, causado pelo prestador do serviço, não precisa comprovar a culpa deste. Ao prestador do serviço é que compete, para o fim de mitigar ou elidir a sua responsabilidade, provar que o usuário procedeu com culpa, culpa em sentido largo. É que, conforme lição de Romeu Bacellar, “é o usuário detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”. A *ratio* do dispositivo constitucional que estamos interpretando parece-me mesmo esta: porque o “usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal”, não se deve exigir que, tendo sofrido dano em razão do serviço, tivesse de provar a culpa do prestador desse serviço. Fora daí, vale dizer, estender a não-usuários do serviço público prestado pela concessionária ou permissionária a responsabilidade objetiva — CF, art. 37, § 6º — seria ir além da *ratio legis*. (...) conheço do recurso e dou-lhe provimento.”⁶⁷

“Tratando-se, entretanto, de delegação do Estado para a prestação de serviço público que pode ser remunerado por preços ou tarifas – serviço público, portanto, não inerente à soberania estatal e, comumente, não essencial e, portanto, não obrigatório – serviço público prestado por permissionário ou concessionário, a matéria deve ser visualizada de forma especial. Neste caso, as despesas decorrentes da reparação do dano devem ser repartidas entre os que utilizam o serviço. Noutras

⁶⁷ RE 262.651, pp.13/14

palavras, a responsabilidade objetiva dá-se relativamente ao usuário do serviço e não quanto a quem não está recebendo o serviço.”⁶⁸

Como já apontado, a opinião do ministro Joaquim Barbosa, voto vencido na decisão, diverge frontalmente da tese acima apresentada: “Daí vem a indagação crucial que faço: quando o Estado, mediante contrato administrativo, transfere ao particular uma parcela das suas múltiplas atividades, ocorre uma transformação substancial na natureza dessas atividades? Seria essa transformação de tal monta, a ponto de extirpar do serviço prestado pelo particular as características que lhe são próprias, ou seja, as de um típico serviço público, do qual a coletividade como um todo se beneficia? Penso que não. Em primeiro lugar, porque o serviço público, quando delegado ao particular, não deixa de ser público. A Administração continua a deter sua titularidade. Tanto que nas hipóteses de falência ou eventual insolvência do concessionário, vem à tona a responsabilidade subsidiária do poder concedente.”⁶⁹

Seu argumento segue na mesma linha de raciocínio do ministro Sepúlveda Pertence, já apresentada em tópico anterior. Assumindo-se como regra a identificação das responsabilidades com base no tipo de serviço que é prestado, e não na natureza do prestador, o lógico nesse caso seria a responsabilização do concessionário por acidentes envolvendo os não usuários. O que fica cada vez mais evidente, conforme se aprofunda na análise dos votos, é a negação daquele pressuposto. Isso significa que não é o serviço que determina os direitos e obrigações, mas a natureza jurídica de quem figura como titular da exploração. A interpretação do ministro deixa clara uma característica

⁶⁸ RE 262.651, pp.31

⁶⁹ RE 262.651, pp.25/26

do raciocínio dos demais votos: a transferência de um serviço público do Estado a um particular modifica as regras que sobre ele recaem.

O que fica mais evidente, é que, se fosse correta a afirmação de que o concessionário ou permissionário faz às vezes do poder público ao se tornar responsável por um serviço público, lógico seria tratar os entes privados como se Estado fossem.

Há, por fim, um último ponto a ser destacado, presente também no voto do ministro Joaquim Barbosa. Afirma ele: "Eu não admitiria, por exemplo, a responsabilidade objetiva em uma situação em que estivessem envolvidos bens do concessionário que não tivessem nenhuma relação com a concessão."⁷⁰

AC 669 - 06/10/2005

Um relato da Ação Cautelar 669 não seria tão expressivo quanto os questionamentos apresentados pelo ministro Carlos Britto em sua manifestação: "São impenhoráveis os bens da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô? Ou, mais precisamente, estão livres de bloqueio as receitas que essa empresa estatal auferem em suas bilheterias? Receitas diretamente obtidas nos guichês de venda de tickets aos usuários dos serviços por ela prestados na área do transporte coletivo urbano e suburbano? Ainda que o bloqueio recaia sobre quantias presentes e futuras em conta bancária? Mas sempre receita do tipo ortodoxamente tarifário? Além do mais, de estrita

⁷⁰ RE 262.651, pp.35

vinculabilidade ao custeio da empresa, marcadamente com folha de pessoal?”⁷¹

Nesta situação, a solução encontrada para o pagamento das dívidas da ECT também funciona como precedente, apto a valer como regra para o novo pleito: “Volto à linha de argumentação exposta na cautelar, que se espelha no precedente oriundo do RE 220.906. (...) A orientação firmada no aludido precedente se amolda ao presente feito, ainda que a partir de algumas achegas? (...) Inclino-me pela resposta afirmativa. (...) essa empresa estatal só tem de economia mista o nome. Pois, de fato, é uma empresa pública, visto que 99,583692% do seu capital provém de recursos exclusivamente públicos.”⁷²

A análise do seguinte argumento, também do ministro Carlos Britto, permite uma conclusão mais acertada do modo como são tratados os serviços públicos pelos ministros do STF: “O transporte coletivo urbano é o meio usual de deslocamento físico da maioria do povo para o seu próprio local de trabalho Trabalho, como sabido, que é um dos explícitos direitos sociais de assento constitucional (art. 6º). E de cuja primazia a Constituição dá enfático testemunho nesse emblemático artigo: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social” (art. 193). Sem falar que o transporte coletivo urbano é marcante fator de bem-estar, essa outra situação jurídico-subjetiva que figura no rol daqueles bens que o preâmbulo da Constituição-cidadã etiquetou como “valores supremos”. Além de um

⁷¹ AC 669, pp.6. Como se pode facilmente depreender das perguntas feitas pelo ministro, pretende a Companhia do Metropolitano – Metro utilizar-se da previsão disposta no art. 100 da constituição para a execução de suas dívidas.

⁷² AC 669, pp.9. O seguinte questionamento surge da afirmação acima. Haveria diferença no tratamento caso a empresa tivesse um capital privado mais expressivo? O art. 173 equipara o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista. Se o que elas prestam é serviço público, e essa é a razão de ser da decisão que torna impenhoráveis seus bens, pouco importa ser empresa pública ou sociedade de economia mista.

dos explícitos objetivos da política de desenvolvimento urbano, conforme se lê na cabeça do artigo constitucional de número 182.”⁷³

Diferentemente do caso anterior, a essencialidade do serviço, mais do que a natureza jurídica de quem o presta, foi decisiva para o resultado do julgamento. Assim, foi permitido o pagamento por meio de precatórios para uma sociedade de economia mista, que, ainda que composta quase integralmente por capital público, não se trata de empresa pública – como o era a ECT. A gravidade da eventual paralisação do serviço foi argumento suficiente para que os ministros votassem favoravelmente ao pedido, demonstrando que ao invés de fixar regras gerais e aplicá-las a um grande número de decisões, o tribunal dobra-se muito facilmente aos elementos particulares de cada caso.

E novamente a atividade da empresa é a causa de decidir do ministro Nelson Jobim⁷⁴: “O fato é que estamos perante um serviço de natureza pública - efetivamente de natureza pública -, e foi claramente demonstrado pela tribuna que essa receita representa condição de operação da empresa.”, baseando-se, dessa maneira, no mesmo argumento utilizado pelo ministro Carlos Britto.

Aquela argumentação é acompanhada pela opinião do ministro Carlos Velloso: “Não se pode desprezar a sua natureza eminentemente pública. Indago: a Companhia é mista ou pública? (...) É mista, perfeito. (...) Desde a Constituição de 1967, faço a distinção entre sociedade de

⁷³ AC 669, pp.12/13

⁷⁴ “Todas essas empresas prestadoras de serviços – principalmente os de construção -, quando operam com empresas dessa natureza, já embutem no preço todos os riscos decorrentes dessas operações, inclusive as delongas; ou seja, não há que se falar em efetivo prejuízo, porque, economicamente, todos eles calculam, na sua planilha de ofertas, todas as taxas de risco da operação, tanto é que continuam operando com essas empresas, senão não o fariam. Então, a regra de mercado já atende às preocupações em relação à seriedade dos trabalhos.”

economia mista que presta somente serviço público e entidade de economia mista ou empresa pública que exerce atividade econômica. A natureza daquela é, na verdade, de autarquia, que segue as regras do direito privado, porque ela precisa de uma maior maleabilidade.” Vê-se, entretanto, que sua razão de decidir não é a mesma. Considera o Metro uma autarquia e, posteriormente concede um tratamento semelhante ao dado à ECT, também entendida por ele como autarquia.

“Vale dizer, essa ou aquela empresa do setor privado que vier a celebrar contrato oneroso com empresa estatal prestadora de serviço público já deve saber que está a se vincular a quem não pode deixar de suprir necessidades materiais de toda uma população⁷⁵. No caso, necessidades materiais que a própria Constituição rotulou como de “caráter essencial”, a teor dos seguintes dispositivos constitucionais: “Art. 30. Compete aos Municípios: V- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. O que autoriza a desembaraçada ilação de que o mencionado princípio da continuidade, em tema de transporte coletivo urbano, decola é da própria Magna Carta Federal.”⁷⁶

3.2.5. Serviço público como dever do Estado

RE 220.999 - 25/04/2000

⁷⁵ O princípio da continuidade, usado para fundamentar esses votos, é relativizado quando se trata da prestação de serviços de transporte intermunicipal. Após o prazo do contrato de concessão, ainda que não tenha sido inaugurada nova licitação, o STF se coloca pela impossibilidade de admitir que a empresa prestadora do serviço assim o continue a prestá-lo. Cf., por exemplo, RE 264.621.

⁷⁶ AC 669, pp.12/13

O recurso extraordinário em questão tinha como recorrente a União federal, condenada em instância inferior a indenizar empresa privada produtora de óleo de soja, em função da cessação das atividades de produção desta.

A empresa sustentava que sua paralisação decorreu da impossibilidade de manter seus preços competitivos no mercado, após passar a ser necessária a utilização de transporte rodoviário para o escoamento de sua produção.

Ocorre que o transporte fluvial, até então utilizado pela referida empresa e prestado pela União Federal, fora desativado pela própria prestadora do serviço. Dado tratar-se de serviço público federal, previsto no inciso XII, letra d, do art. 21 da constituição, a alegação da empresa vai no sentido de que o prejuízo por ela sofrido decorreu de descumprimento de um dever da União: prestar um serviço público exclusivo.

A argumentação é questionada pelo ministro Nelson Jobim: "A União tem a obrigação jurídico constitucional de manter empresas de transporte para atender a interesse privado⁷⁷? É responsabilidade da União oferecer transporte ao setor privado, às custas do contribuinte, para viabilizar empreendimento industrial?"⁷⁸

Continua o ministro: "A teor do acórdão e da sentença, a União tinha a obrigação de manter em atividade uma empresa deficitária, que, inclusive, o setor privado não quis assumir. (...) Onde está a obrigação

⁷⁷ Curioso notar que nesse ponto há divergência entre os ministros. São diferentes os interesses protegidos apontados por Nelson Jobim e por Marco Aurélio: "a comunidade sertaneja se viu privada dos serviços prestados, bem ou mal, pelo Poder Público". RE 220.999, pp.2040

⁷⁸ RE 220.999, pp.2063

constitucional da União em dar transporte a empresa privada? No inciso III do artigo 3º, da CF ou no §6º do art. 37, ou, em ambos? Em nenhum. A primeira regra define, como objetivo da República, a redução das “...desigualdades...regionais” (...) Essa norma tem como destinatário o Poder Público. (...) Dela decorre nenhum direito subjetivo individual. (...) Nada tem com dever da União de prestar serviços de transporte fluvial. (...) No caso, o que se quer é a responsabilidade da União por uma pretensa obrigação de dar transporte ao setor privado.”⁷⁹

E finalmente conclui: “A CF não obriga a União a essa exploração. A norma constitucional é de distribuição de competência federativa. Não é uma regra que crie dever ou obrigação. (...) não se diga que o transporte fluvial é dos serviços que integram “os fins do Estado”.”⁸⁰

Como compatibilizar a fundamentação trazida pelo ministro Nelson Jobim com aquela presente na maioria das decisões lidas? Aparentemente são incompatíveis os posicionamentos inseridos em uma e outra decisão. Serviços públicos, em especial aqueles expressos na constituição – e aqui a regra de que o artigo 21 incisos X, XI e XII provém da própria jurisprudência do STF, como ficou explícito na análise do RE. 220.906, o “caso ECT” – são identificados como deveres do Estado. São atividades atribuídas a ele e que demandam necessariamente uma prestação continuada e o oferecimento a custos módicos.

No entanto, é em outra passagem que se pode começar a compreender qual é o sentido das afirmações até então expressadas pelo ministro. Ao afirmar que “No presente caso, o que se discute é a paralisação das

⁷⁹ RE 220.999, pp.2064/2065

⁸⁰ RE 220.999, pp.2067

atividades de uma empresa pública e suas conseqüências nos custos da produção de uma empresa privada. Ora, não há obrigação da União em manter políticas públicas que, financiadas pelo erário, preservem estruturas de custos da produção de um específica empresa privada. O que se quer, com esta demanda, é a preservação, como dever da União, da velha prática de subsídios ocultos. (...) O poder Público responde, com verba do erário, por atividade deficitária para beneficiar setor ou empresa individual. Transfere-se, sem autorização orçamentária alguma, verba pública para empresa privada, na medida que o dinheiro público reduz os custos de produção da empresa privada.”⁸¹ acrescenta-se à discussão um importante critério para a determinação da obrigação estatal na prestação de serviços públicos: cuidar de benefício a ser usufruído por toda a coletividade, não bastando, assim, a previsão constitucional para sua configuração.

Celso de Mello vai na mesma direção, corroborando a tese segundo a qual o serviço de transporte fluvial, a despeito de se encontrar disciplinada no mesmo art. 21 da constituição, não configura atividade sob a qual recaia qualquer obrigação estatal em oferecê-la. Segundo ele, “A União Federal não se achava incumbida por efeito de determinação de caráter jurídico (prescrição de ordem constitucional, legal ou contratual), do dever de garantir a preservação e a intangibilidade da posição na qual se encontrava a empresa recorrida, inexistindo, em conseqüência, a possibilidade de interferir-se, da ausência de lucros a que se expôs a INOVE (...), o reconhecimento de situação caracterizadora de omissão casual juridicamente relevante imputável àquela pessoa política de direito público.”⁸²

⁸¹ RE 220.999, pp.2070

⁸² RE 220.999, pp.2084

4. Conclusão – fim dos serviços públicos?

A despeito de não figurar como foco da pesquisa, pode-se perceber um embate existente na argumentação dos ministros. As categorias tradicionais são ao mesmo tempo utilizadas e transcendidas, demonstrando uma falta de coerência no desenrolar das decisões. Dessa forma, surge um primeiro questionamento crítico do modo de decisão do STF: a classificação mantém-se porque é útil ou simplesmente porque facilita retoricamente a argumentação? Utilizar-se dela somente quando convém, ou seja, quando ela é capaz de sustentar um posicionamento é característico do discurso do advogado, aquele que naturalmente escolherá termos e expressões que mais se adequam ao objetivo visado. O STF, como corte constitucional, não pode utilizar-se do mesmo recurso. Seu papel não é semelhante ao de um advogado, mas sim o de fixar um entendimento.

Ao se apontarem os diferentes tratamentos concedidos aos serviços públicos, poderíamos em conclusão afirmar a inexistência de um conceito único. Dado que cada serviço tem características tão diversas, e sendo tão sutil o elemento que os une (quando possível a distinção), o mais simples a se constatar é a falência de um conceito. Não podemos, no entanto, contentar-nos com tão rasa afirmação.

Uma importante ressalva a ser levantada é o fato de se poder perceber o modo pontual como são tratados os serviços públicos. Nota-se que as decisões são tomadas levando-se em consideração as particularidades de cada serviço (e, nesse sentido, quais os efeitos que uma eventual paralisação acarretaria na sociedade; quem se aproveita do desenvolvimento de determinada atividade; o que significa para o Estado a prestação direta de um serviço em particular; etc), em

detrimento de uma orientação geral, válida para todo e qualquer tipo de serviço.

Ao final da análise e das contraposições desenvolvidas, alguns pontos figuram mais esclarecidos acerca do tema em estudo. Ao levantar os argumentos de uma só decisão, o RE 220.906, e acompanhá-lo com mais cautela, a fim de deixar explícitos os principais critérios de decisão, assim como as razões mais fortes que levaram os ministros a proferirem seus votos e, posteriormente compará-lo com argumentos e circunstâncias diversas – mesmo que à primeira vista não muito relacionados ao centro da argumentação – presentes nos acórdãos aqui relatados, deixou-se mais evidentes quais são os pontos de preocupação dos ministros do STF.

Percebe-se ainda, e creio ser esta uma conclusão importante a ser explicitada, o desenvolvimento de linhas argumentativas. A apuração dos argumentos conforme o passar do tempo e a constatação da complexidade das matérias não passam despercebidas pela jurisprudência do STF. Vê-se que o tribunal percebe a insuficiência de algumas das respostas que deu no passado e reage a elas: passa-se a identificar melhor os critérios de julgamento e a se esclarecer, cada vez mais, quais são suas bases de decisão.

Um exemplo desse desenvolvimento é a afirmação presente na ADPF 46, no voto do ministro Marco Aurélio: “É preciso ressaltar que a reconstrução do papel do Estado brasileiro envolve a superação de falsos dilemas, como o que levava a optar necessariamente pelo maniqueísmo entre serviço público e atividade econômica, como se uma atividade não pudesse correlacionar, ao mesmo tempo, os dois

conceitos.”⁸³ (...) “A possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.472, de 1997, quando se consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público com o privado. E, para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço público e atividade econômica é que o Constituinte derivado houve por bem retirar o adjetivo “público”, que qualificava o serviço de telecomunicações, isso quando da Emenda Constitucional nº 8, de 1995”⁸⁴

“É preciso não perder de vista a advertência feita por Fernando Herren Aguillar sobre o fato de as correntes definições sobre serviço público remeterem a generalizações que foram ganhando espaço ao longo do tempo, de forma que o intérprete termina por filiar-se a longínquas tradições que são reproduzidas, sem proceder, contudo, à indispensável crítica. A par desse aspecto, o uso abusivo do conceito termina por enfraquecer-lhe a importância, banalizando-o e tornando-o carente de significado e de conteúdo.”⁸⁵

O que anteriormente era pacífico no entendimento desses ministros, e nesse exemplo coloca-se o fato de que haveria uma relação de *trade-off* nas atividades econômicas: ou são serviços públicos ou se tratam de atividade econômica em sentido estrito, passa a ser questionado e remodelado, de modo a permitir que o tribunal seja capaz de dar respostas a questões cada vez mais complexas.

⁸³ ADPF 46, voto min. Marco Aurélio, pp.49

⁸⁴ ADPF 46, voto min. Marco Aurélio, pp.53

⁸⁵ ADPF 46, voto min. Marco Aurélio, pp.62

De acordo com o que aqui se apresentou, não é possível dar uma resposta contundente a respeito do que seja para o STF um serviço público. Um exemplo disso é a dificuldade de se fixar a distinção entre serviço público e atividade econômica. Ao passo que é sim possível questionar o porquê de se discutir tanto sobre a distinção e não se atentar para as conseqüências advindas dessa separação⁸⁶.

A presente monografia, portanto, se apresenta como o início de um questionamento a respeito da implicação de decisões tomadas pelo tribunal. Não são comuns trabalhos que se voltem a verificar o que o STF está construindo a respeito do assunto, decisões que muitas vezes colocam por terra afirmações colocadas pela doutrina. Um passo adiante é começar a focar, além das decisões do tribunal, os efeitos e impactos que elas criam, principalmente a partir de uma mudança de posicionamento do tribunal.

Até o início dos anos 2000, quando se fixou o entendimento, a partir de um julgamento conjunto dos RE 220.906, RE 229.696, RE 225.011, RE 230.051, RE 230.072⁸⁷ o posicionamento do STF era o oposto: não se admitia a execução das dívidas de empresa pública – mesmo em se tratando da ECT – por meio de precatórios. O que significou essa mudança? Os princípios de continuidade e atendimento ao interesse social foram mais atendidos depois dessas decisões? O discurso utilizado pelos requerentes, e absorvido pela jurisprudência do tribunal se sustenta quando da verificação empírica de sua validade? São questões

⁸⁶ Conseqüências mais precisas do que os dois efeitos imediatos apresentados por Marçal Justen Filho, a partir da subsunção de uma determinada atividade ao art.173 ou ao art. 175 da constituição. Os dois efeitos identificados pelo autor são: (i) identificação da titularidade da atividade, para efeito de aplicação do princípio da livre iniciativa, e (ii) aplicação de diferentes regimes jurídicos disciplinadores da atividade. Cf. "Empresas estatais e a superação da dicotomia 'prestação de serviço público/exploração de atividade econômica'", pp.406.

⁸⁷ Informativo STF Brasília, 13 a 17 de novembro de 2000- Nº210.
<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/>

que não são respondidas por um trabalho de análise jurisprudência, já que se propõe o controle da eficácia das decisões judiciais, mas sevem de questionamento acerca do uso dos argumentos e da fundamentação das decisões desses juízes.

As respostas que se apresentaram não são concludentes, de modo a permitir uma orientação única sobre o tema pesquisado, mas evidenciam particularidades relacionadas aos serviços públicos que não poderiam ser encontradas somente no estudo doutrinário da matéria.

A leitura de artigos especializados sobre os problemas encontrados pelos operadores do direito em face aos serviços públicos facilitou a compreensão de quais seriam os reais pontos a serem apreciados pelos ministros, quando do tratamento do tema. Quanto mais específicos e pragmáticos os trabalhos lidos eram, maiores as possibilidades de criar critérios úteis a leitura e análise dos votos.

A dificuldade de se construir um caminho argumentativo se agrava devido à falta de sistematização encontrada nos votos dos próprios ministros. Inúmeras vezes são citados diversos acórdãos diferentes. Os votos presentes nesses acórdãos, no entanto, remetem-se a votos presentes em outros acórdãos. Isso faz com que uma mesma decisão se repita sob diferentes números. Até esse pequeno detalhe impede que uma decisão seja utilizada como precedente pois aparentemente cada decisão é nova, o que não é verdadeiro. Num mesmo ano o ministro afirma ter votado de uma determinada maneira (sempre a mesma), mas para exemplificar o caso, cita processos diferentes. Os votos são os mesmos, seu conteúdo é o mesmo, mas o fato de ser denominado de forma diversa acaba por confundir o leitor, dificultando que se consiga determinar com um grau maior de certeza, quais são as orientações de

cada ministro. Ao invés de citar um mesmo caso de fundo e ir acrescentando argumentos, como seria o esperado, as decisões formam um emaranhado de argumentos soltos. A pesquisa na área é árdua pois a cada nova decisão há de se buscar novos precedentes que se encontram e retomam a decisões já estudadas. Em 2004, por exemplo, o ministro cita uma decisão de 1998, sendo que já aperfeiçoou muitos de seus argumentos em decisão semelhante em 2000. O que pode parecer simples perfeccionismo, ou a mera reclamação de um insatisfeito por não encontrar seu trabalho de maneira mais fácil, indica que as idas e vindas na argumentação de cada ministro denota uma falta de consistência decisória e coloca o leitor em uma posição de ter de decidir se o não-dito no último voto é proposital, e por isso derogadas estariam as conseqüências presentes no voto intermediário, ou se trata-se de falta de organização institucional, na qual os próprios ministros não têm condições de compreender o que proferem.

5. Bibliografia utilizada

Aguillar, Fernando Heller. *O controle social dos serviços públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999

Grau, Eros Roberto. "Constituição e serviço público", Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (orgs.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp.249-267

Grotti, Dinorá Musetti. "Teoria dos serviços públicos e sua transformação", Carols Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp.39-71

Justen Filho, Marçal. "Empresas estatais e a superação da dicotomia 'prestação de serviço público/exploração de atividade econômica'", Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (orgs.), *Estudos de direito público*, São Paulo: Malheiros, 2006, pp.403-423

Medauar, Odete. "Serviço público", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 189, 1992, pp.100-113

_____. "Nova crise do serviço público?", Sérgio Sérvulo da Cunha e Eros Roberto Grau (orgs.), *Estudos de Direito Constitucional – em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp.527-538

Silva, Almiro do Couto, "A privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira?", *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: 230, 2002, pp.45-74

Sundfeld, Carlos Ari. "Introdução às agências reguladoras", Carlos Ari Sundfeld (coord.), *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros, 2002, pp.17-38

6. Acórdãos citados

AC 669

ADPF 46

AI-AgR 209.782

AI-AgR 243.250

AI-AgR 313.854

RE 172.816

RE 220.906

RE 220.999

RE 222.041

RE 225.011

RE 229.696

RE 230.051

RE 230.072

RE 336.685

RE 262.651

RE 328.843

RE 356.711

RE 407.099