Número 17 – fevereiro/março/abril - 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

O CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Prof. Alexandre Santos de Aragão

Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor da Pós-graduação em Direito da Administração Pública da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

"La permanence d'une institution n'est pas non plus l'immuabilité absolue, mais bien la permanence dans les caractères fondamentaux".
(Maurice Hauriou[1])

SUMÁRIO: 1 – Advertência Preliminar. 2 – Metodologia da Ciência do Direito e a Elaboração de Conceitos Jurídicos em um Direito Administrativo em Evolução. 3 – A Busca de um Conceito de Serviço Público. 4 – O Conceito de Serviço Público à luz da Constituição Federal de 1988. 4.1 – Os Dispositivos Constitucionais Pertinentes à Atividade Prestacional do Estado. 4.2 – Os Sentidos de "Serviço Público" extraíveis da Constituição. 4.2.1 – Concepção Amplíssima de Serviço Público (e os "Princípios dos serviços públicos"). 4.2.2 – Concepção Ampla de Serviço Público. 4.2.3 – Concepção Restrita de Serviço Público. 4.2.4 – Concepção Restritíssima de Serviço Público. 4.2.5 – A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF. 4.2.6 – O Conceito Proposto. 5 – Institutos Afins. 5.1 – Funções Públicas e Poder de Polícia. 5.2 – Serviços Uti Universi. 5.3 – Fomento. 5.4 – Atividades Econômicas exploradas pelo Estado (em concorrência com iniciativa privada e como monopólio). 6 – Serviços Públicos Sociais e Serviços Compartidos. 7 – Conclusões.

1 – ADVERTÊNCIA PRELIMINAR.

Em 1953, B. CHENOT advertia que o conceito de serviço público "é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pôde ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo

[1] HAURIOU, Maurice. *Principes de Droit Public*, Larousse, Paris, 1910, p. 132.

começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz".[2]

Pretendemos, superando ainda que parcialmente essas dificuldades, deslindar os traços básicos do regime dos serviços públicos e o conceito dele inferível. No Brasil, como a Constituição contém uma minuciosa disciplina das atividades estatais, constitui ela o principal marco a partir do qual se deve buscar o conceito de serviço público.[3]

2 – METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO E A ELABORAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS EM UM DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO.

É inegável o papel dos conceitos jurídicos, naturezas jurídicas e classificações[4] para a sistematização da ciência jurídica, principalmente para fins didáticos. Essa importância não deve, contudo, ser superdimensionada, havendo de se ter consciência dos seus limites diante da realidade multifacetária e dinâmica que pretendem, em uma contínua tentativa, organizar,[5] sempre a partir do direito posto pelo legislador.[6]

---

[2] CHENOT, B. *L'Existencialisme et le Droit,* **in** *Revue Française de Science Politique,* 1953, p. 60

[3] Os serviços públicos são mais afetos a serem explicados através de noções, homogêneas dialeticamente através da história, do que através de conceitos, menos dinâmicos se comparados com a plasticidade das noções. No presente trabalho, como teremos em vista o Direito Positivo Brasileiro, parece-nos possível tentar buscar um conceito – não mais apenas uma noção – dos serviços públicos.

[4] Não pretendemos entrar em pormenores bizantinos das diferenças entre essas expressões até por serem intimamente relacionadas entre si.

[5] "Talvez para superar um possível complexo de inferioridade em relação às ciências naturais, a ciência jurídica dedicou muito de sua atenção ao estudo taxionômico. Classificar espécies de categorias jurídicas ditando com precisão sua conceituação e natureza foi sempre considerado uma meta para o jurisconsulto tradicional. A despeito da evidente contribuição para o apuro técnico do estudo jurídico, devemos relativizar a importância desse tipo de análise. Pelo menos não podemos realizá-la sem reconhecer a existência de uma conflituosa relação entre direito e objetividade, posto que a categoria jurídica é um dado cultural que se constrói a partir de determinadas premissas políticas, que podem variar em função do tempo, do contexto social e até mesmo de posições pessoais do intérprete. Não devemos desconsiderar, contudo, o legado do esforço pandectista. O direito também é técnica, e a sua melhor expressão, pode, com certeza, contribuir para o atendimento dos valores a que pretende promover" (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pp. 139-140).

[6] "Lê-se em Garcia-Amigo que 'a natureza jurídica é, sem dúvida, a questão mais importante no estudo de cada instituição'. Deve-se ter cuidado, porém, com a equivocada sugestão conceitualista que pode ligar-se a esta asserção, pois a solução do problema só pode ser um *posterius* resumidor das soluções dadas a concretas questões de regulamentação" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual,* Atlântida Editorial, Coimbra, 1970, p. 192). Também Charles Eisenmann afirma que os "juristas acreditam geralmente que as classificações lhes seriam dadas à partida, que seriam pré-estabelecidas, com as qualificações e com as

ROBINSON denuncia que *"as cansativas pesquisas dos juristas para 'descobrir' a natureza jurídica de determinada instituição ou relação estão de antemão irremediavelmente fadadas ao fracasso. A explicação para que, apesar de tudo isto, continuar-se tentando elaborar conceitos, classificações e naturezas jurídicas, é, entre outras, o desejo de se achar um ponto de partida fixo e seguro para a posterior tarefa de classificação e sistematização. Além disso, há o desejo de equiparar as instituições de surgimento recente às de outras linhagens mais ilustres, atenuando dessa maneira o choque da novidade mediante sua absorção por um mundo familiar de idéias já elaboradas".*[7]

Ensina GENARO R. CARRIÓ que *"não podemos ter a falsa segurança de que os tecnicismos da linguagem jurídica podem enquadrar todos os casos. A experiência diária dos tribunais e, em geral, o contato profissional com o Direito, nos mostram que essa segurança é quimérica. (...) Não há como deixarmos de tropeçar com a imprecisão e a relatividade dos conceitos jurídicos, pois existem numerosas zonas de transição, nas quais o jurista deve estar atento para não cair na tentação de uma perigosa geometria jurídica".*[8]

Devemos evitar que a discussão sobre o conceito e classificação dos serviços públicos seja meramente convencional, já que não é raro que divergências conceituais entre juristas não sejam substanciais, mas relativas apenas a diferentes significados atribuídos à mesma palavra: *"é uma ilusão pensar que cada palavra corresponde a um – e apenas um – significado; a grande maioria delas tem uma pluralidade de significados. Também é ilusória a crença de que o uso de uma mesma palavra para indicar objetos diversos pressupõe necessariamente – salvo os casos de mera homonímia – que todos esses objetos têm uma propriedade ou um conjunto de propriedades em comum, que integram o corpo de uma entidade que a palavra denomina. O fato de estarmos usando uma mesma palavra não garante que estejamos nos referindo à mesma coisa".*[9]

Além disso, *"boa parte das controvérsias dos juristas sobre problemas de classificação são abordadas como se fossem questões de fato, sem que se advirta que não há sentido em refutar como 'falsa' uma classificação – ou seus resultados – e postular em seu lugar uma outra, 'verdadeira', como se tratassem de dois modos excludentes de reproduzir com palavras certas divisões e subdivisões que estariam na 'natureza das coisas'. As classificações não são, nem verdadeiras, nem falsas, são funcionais ou inúteis; suas vantagens ou desvantagens dependem do interesse que guia quem as formula, e a sua fecundidade para apresentar uma área de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica das conseqüências práticas desejadas pelo autor que as elabora. Sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou*

---

divisões em classes correlativas ou pelo menos, com uma parte importante delas – isto naturalmente, pelo e no próprio direito positivo, pelos e nos seus materiais" (EISENMANN, Charles. *Problemas de metodologia das Definições e das Classificações*, **in** *Archives de Philosophie du Droit,* 1966, *apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, trad. Ana Prata, Editorial Estampa, Lisboa, 1994, p. 140).

[7] Cf. CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 101-102, grifamos.

[8] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 54-55.

[9] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 94.

classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para se decidir por uma delas é dado apenas por critérios de conveniência científica, didática ou prática".[10]

Do ponto de vista didático, uma simplificação exagerada dos conceitos e das classificações, ao invés de ajudar, tende a confundir quando, em um segundo momento de aprofundamento, se tentar entender a realidade jurídica através dos conceitos, dentro dos quais não será possível enquadrar a realidade jurídica, em uma eterna tentativa de classificação de novas figuras atípicas com um arsenal conceitual que, ainda que permanentemente atualizado, será sempre muito insuficiente.[11]

Essa insuficiência é verificada com especial intensidade em momentos de grandes alterações socioeconômicas e legislativas, em que fica mais evidente que os conceitos tradicionais não são, em maior ou menor escala, instrumentos aptos a apreender e organizar a nova realidade jurídica e institucional.[12] *"Nas fases de transição, o risco na atividade de elaboração de conceitos e classificações é redobrado; risco de não se levar em consideração as mudanças, esforçando-se em manter vivos conceitos já superados; ou de apenas considerar inadequadas as velhas categorias, limitando-se a uma obra destrutiva, com uma espécie de absolutização do relativismo".*[13]

Assim, considerando estarmos vivendo um momento de forte *"evolução do direito administrativo",*[14] é natural que os seus conceitos tradicionais necessitem de alguma atualização para se manterem operacionais.

A maioria das discussões dos juristas sobre conceitos e classificações *"talvez se deva ao fato de a que teoria jurídica é manejada com classificações herdadas, muitas das quais com o aval de um enorme prestígio e tradição milenar. Os juristas então crêem que essas classificações constituem a 'verdadeira' forma de agrupar as regras e os fenômenos, em lugar de ver nelas simples instrumentos para melhor compreendê-los.*[15] *Os fenômenos – se crê – devem acomodar-se às classificações, e não o contrário."* [16]

Os conceitos tradicionais do Direito Administrativo se caracterizam pelos pressupostos ideológicos de supremacia da Administração Pública sobre o

---

[10] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho e Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 98/9, grifamos.
[11] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho e Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 53.
[12] "Discussões e livros são sempre e inevitavelmente mais fundados na realidade de ontem do que na de hoje; entramos na história *a reculons*, como já escrevia Paul Valery!" (ASCARELLI, Tullio. *Norma Giuridica e Realtà Sociale*, **in** *Il diritto dell'economia – Rivista di Dottrina e di Giurisprudenza*. Anno I, n°. 10. 1955, p. 16).
[13] ROSSI, Giampaolo. *Metodo Giuridico e Diritto Amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, texto inédito gentilmente cedido pelo autor, com próxima publicação na *Rivista Servizi pubblici e appalti.*
[14] MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª. ed., Ed. RT, São Paulo, 2003.
[15] "Como é preciso arrumar bem as coisas e criar uma ordem, mais vale retomar aquele que é usado há muito tempo: o velho argumento da autoridade nascida da prática, o 'cômodo' elevado à categoria de teoria" (MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, trad. Ana Prata, Editorial Estampa, Lisboa, 1994, p. 140).
[16] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª. ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 98-99, grifamos.

particular e do papel do Estado como o grande provedor das necessidades sociais. Não são necessários maiores esforços para constatar que, se esses pressupostos ideológicos não foram totalmente ultrapassados, encontram-se pelo menos seriamente comprometidos, inquinando também, como não poderia deixar de ser, os conceitos que deles defluíam.

Afinal, como explicitam LUIS ALBERTO WARAT e ANTONIO ANSELMO MARTINO, *"as definições não podem se limitar à descrição ou explicação dos conceitos, (...) devendo incluir a existência de conceitos impregnados de carga emotiva e ideológica, e previstos com força operativa, de maneira que a mera explicitação racional e lógica não é capaz de delimitar o seu conteúdo. (...) No plano jurídico é imprescindível efetuar uma análise pragmática de sua linguagem que tome em conta fundamentalmente a relação dos signos com a intencionalidade dos seus usuários, que nunca perca de vista o contexto fático e ideológico no qual as mensagens normativas estão submersas. (...) Se não se nutre desse contexto, corre o perigo de se divorciar totalmente da realidade e perder o ritmo de adaptabilidade (...)."*[17]

Constituem um importante norte as considerações de CHARLES EISENMANN[18] sobre a adoção, cisão e mudanças das terminologias no Direito: *"não se deve esquecer que os problemas de terminologia são problemas de conveniência, e não problemas de idéias, de verdade. Uma terminologia ideal apenas empregaria cada signo verbal em um único sentido, para designar apenas uma noção, disto decorrendo a ausência de qualquer ambigüidade ou equívoco sobre o sentido das palavras: saberíamos sempre, com certeza absoluta, sem hesitação nem reflexão, o que cada um quer dizer."*

A realidade está bem longe desse ideal! Em determinado momento, as pessoas de certa língua se deparam com uma terminologia estabelecida que muitas vezes lhes parece, com razão, defeituosa. Evidentemente que ela não lhes obriga a utilização de maneira definitiva e absoluta, senão não haveria jamais mudança! É normal tentar aperfeiçoar a terminologia, 'lutar por reforma'. Todavia, 1º.) Não há dúvida que a resistência oposta pelo costume da utilização da terminologia é bastante grande; a inércia do hábito é tão grande que se deve pretender reformar a terminologia apenas se isto for verdadeiramente indispensável ou extremamente desejável; não se deve romper apenas pelo prazer de inovar, satisfação pueril, excessivamente buscada... com ilusão;[19] 2º.) Na proposta de reforma terminológica, devem ser observadas as seguintes regras:

---

[17] WARAT, Luis Alberto e MARTINO, Antonio Anselmo. *Lenguaje y Definición Jurídica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, pp. 25, 28 e 56-57.
[18] EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, Tome II, LGDJ, Paris, 1983, pp. 798-799.
[19] "Uma vez aceita uma proposição dogmática, ela não precisa ser estritamente retida por um período ilimitado. Mas exclui o simples abandono sem nenhuma razão. Não basta que deva haver igualmente boas razões a favor de uma nova solução como para a que deve ser preterida. A razão para a nova solução tem de ser suficientemente forte para justificar não só a nova solução, mas também o rompimento da tradição. O princípio da inércia de Perelman portanto se mantém. Quem apresentar uma nova solução, fica com o ônus da prova" (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica* [trad. Zilda Hutchinson Schild Silva], Ed. Landy, São Paulo, 2001, p. 253).

1. ela só se justifica se aumentar a clareza das idéias, aumentando-lhes a clareza da linguagem, ou seja, se a reforma aproximar os termos do ideal, da 'unidade de sentido';

2. ela deve, então, tender a este resultado;

3. quando o termo é claramente de etimologia estrangeira, é recomendável levar ao sentido que ela dá;

4. quando ele é emprestado de uma área técnica a outra, ou da linguagem comum, que era anterior, é desejável mantê-lo na acepção concernente a essas, isto é, utilizá-lo apenas se a noção a designar-se for similar, se apresentar elementos essenciais comuns.

Em outras palavras, a afetação dada às palavras é, em si, puramente convencional; não podemos condenar nenhuma delas como falsa; não se pode jamais demonstrar que se deve ou não empregar um termo em tal sentido para designar tal noção. Mas seria extremamente desejável que esta afetação obedeça a uma disciplina bastante estrita. Deve-se, permanentemente, estar pensando nisso, velando por isso, todas as vezes que estivermos a examinar uma questão de terminologia.

Na conceituação não devemos tomar em conta os fundamentos das relações jurídicas cujas terminologias estão sendo analisadas, mas sim dos seus próprios conteúdos, já que *"a natureza das relações de direito resulta unicamente do seu conteúdo".*[20]

Aplicando a assertiva especificamente ao nosso tema, podemos afirmar que a determinação do conceito e da classificação das atividades estatais, entre elas os serviços públicos, deve se dar pela técnica jurídica por elas utilizada, e não por suas respectivas finalidades ou fundamentos político-sociais.[21]

O grande desafio na elaboração de conceitos jurídicos é determinar até que ponto devem abranger técnicas e fenômenos jurídicos distintos, aumentando o número de classificações internas aos conceitos, ou, ao revés, até que ponto deve buscar a maior determinabilidade possível de regime jurídico, contemplando apenas os fenômenos jurídicos que tiverem entre si pontos de coincidência suficientemente fortes para propiciar uma "unidade de sentido.[22]

---

[20] EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, Tome II, LGDJ, Paris, 1983, p. 800, grifamos.

[21] FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo,* vol. II, 10ª. ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 300.

[22] Nas palavras de A. WEILL, "o jurista deve resistir à tentação de estabelecer demasiadas categorias, senão elas deixam de ser utilizáveis; ao inverso, não se deve contentar com algumas grandes categorias. Ao mesmo tempo que a classificação nas categorias traz a ordem, pode haver um interesse prático na simplificação" (A. WEILL *apud* MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, trad. Ana Prata, Editorial Estampa, Lisboa, 1994, p. 140).

O que deve guiar o jurista no mister de elaborar um conceito jurídico são dois fatores: a operacionalidade do conceito a ser alcançado, de forma que ele seja realmente capaz de dar uma maior organização à ciência do Direito, podendo dele se extrair um regime jurídico mínimo comum a diversas manifestações jurídicas;[23] e atendimento aos objetivos metodológicos visados pelo seu autor, sendo o instrumento mais eficiente possível para responder aos pontos de indagação científica que ele pretende responder. Na verdade, repisamos, não há conceito certo ou errado em razão da sua menor ou maior amplitude, mas sim conceito menos ou mais operacional e instrumental face aos objetivos científicos visados.[24]

Um conceito não pode ser nem tão amplo que deixe de ter utilidade para o estudo do Direito, abrangendo fenômenos com pouco conteúdo jurídico em comum; nem tão restrito que deixe de desempenhar o papel organizador e agregador de fenômenos jurídicos distintos, mas que tenham algum denominador comum suficientemente relevante.

GIAMPAOLO ROSSI considera uma regra lógica *"colher o núcleo de um problema e não se limitar ao seu entorno, devendo-se separar os perfis essenciais de uma fattispecie ou de um fenômeno, distinguindo-o daqueles meramente marginais; não ver de forma absoluta o que é questionável; não aderir acriticamente à moda; evitar seja a simplificação, seja a generalização imprópria. (...) O escopo capital de toda teoria é de tornar quase irredutíveis elementos fundamentais mais simples e mais numerosos possíveis, apoiando-se todo o edifício sobre um número menor de elementos conceituais. (...) Perfis comuns como um 'núcleo-base' do qual os elementos decorrem em suas*

[23] "A função própria dos conceitos jurídicos, quer sejam eles enunciados pela lei, quer sejam doutrinariamente construídos, é a de aglutinar situações parificadas por uma 'unidade de regime'. É de isolar conjuntos de princípios e regras incidentes quando ocorridas dadas situações, individualizando-os no confronto com outros conjuntos regentes de outras situações no que concerne a suas existências, validades e efeitos. Ou, dito pelo reverso: é a de localizar os eventos cuja presença se constitui em um termo, um ponto, ao qual está referido um conjunto determinado de princípios e regras que formam um bloco homogêneo, diverso de outros blocos normativos reportados a outras situações. (...) Convém, todavia, ter presente que esta homogeneidade é sempre relativa. É que, como disse Agustín Gordillo, invocando lições de Hospers, 'possivelmente não há duas coisas no universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos', assim como, 'de igual modo, provavelmente não há duas coisas no universo tão diferentes entre si que não tenham algumas características comuns de maneira que constituam uma base para ubicá-las dentro de uma mesma classe'." (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil, **in** *Direito do Estado: novos rumos*, Tomo 2 [Direito Administrativo], Ed. Max Limonad, São Paulo, p. 14).

[24] "Certamente, a arte do jurista consiste em classificar. Não pelo mero prazer do exercício intelectual, mas para ser útil. Ao fazer classificações, ao distinguir as noções, o jurista tem a vocação de fazer com que o conhecimento do Direito progrida. Esta tarefa pode ser realizada de diversas maneiras. São essas 'maneiras' que permitirão determinar o 'valor científico' da noção elaborada, em suma, o seu interesse" (COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes,* LGDJ, Paris, 2003, pp. 29-30). "A nomenclatura e a variedade de divisões e subdivisões dos objetos classificados irão, porém, variar de acordo com a finalidade e o critério a que serve o grupamento. Nesse quadro, as classificações serão mais ou menos adequadas à explicação de determinado objeto" (ÁVILA, Humberto Bergmann. Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, **in** *Temas de interpretação de Direito tributário* [org. Ricardo Lobo Torres], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 114).

específicas diversidades, ou apenas uma 'base mínima', um denominador comum que, de qualquer maneira, compreende as diversas figuras".[25]

Como observa MARTIN COLLET, *"a verificação da existência de um regime jurídico peculiar reside no nível de unidade e de especificidade que possui. Uma regra ou um conjunto de regras só formam regime de uma categoria jurídica se forem a ela especificamente relacionadas. Quanto à unidade, ela significa apenas que o conjunto de objetos que formam a categoria devem estar submetidos às regras que formam o seu regime jurídico: o princípio da igualdade, por exemplo, faz parte do regime jurídico do serviço público, já que todas as missões de serviço público estão a ele sujeitas. Naturalmente que unidade de regime não significa identidade de regime. Da mesma forma que, para fazer parte de uma mesma categoria jurídica, objetos diferentes devem responder à mesma definição (às características essenciais da classe). Essa categoria deve ter um regime jurídico cujos traços essenciais sejam compartilhados pelo conjunto dos seus elementos, que podem possuir traços particulares e secundários. Por exemplo, JEAN-LOUIS BERGEL indica que 'a qualificação de um ato, de um fato, de um fenômeno jurídico, consiste em vinculá-lo a uma categoria existente, porque ele tem a natureza desta e lhe toma emprestado o regime jurídico. A impossibilidade de integrar a categoria significa que ele tem uma natureza diferente'."*[26]

É a partir desses pressupostos metodológicos que, interpretando as normas da Constituição de 1988,[27] buscaremos conceito os serviços públicos, classificá-los e diferencia-los das outras modalidades de atividades estatais.

3 – A BUSCA DE UM CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.

Os serviços públicos constituem conceito que historicamente tende a uma amplitude bastante dilargada, oriunda da sua matriz francesa, que, via de regra, equiparava os serviços públicos a toda atividade estatal. Muito disso se deve ao caráter mítico que os serviços públicos adquiriram ao longo do tempo,[28] como se

---

[25] ROSSI, Giampaolo. *Metodo Giuridico e Diritto Amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, mimeo, 2005, com próxima publicação na Revista *Servizi Pubblici e Appalti.*

[26] COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes,* LGDJ, Paris, 2003, p. 31.

[27] "As classificações elaboradas pela ciência do Direito, enquanto voltadas à explicação coerente do ordenamento jurídico, submetem-se a limites deles decorrentes. Com efeito, será a compatibilidade com o ordenamento jurídico que permitirá avaliar a procedência da classificação" (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*, **in** *Temas de interpretação de Direito tributário* [org. Ricardo Lobo Torres], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 114). No mesmo sentido, ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica* (trad. Zilda Hutchinson Schild Silva), Ed. Landy, São Paulo, 2001, p 245-246.

[28] "O mito não se funda na realidade, ainda que a concepção imaginária possa ter alguma semelhança com a realidade. Porém, alguns fatos reais são chamados de mitos pela falta de relação entre o conceito teórico da definição e a dedução real do fato. O mito não é realidade, nem verdade. A mitologia jurídica é o oposto da realidade jurídica. É por isso que o conceitualismo sofre quando, ao invés de ser explicado pela necessidade do conceito, se apóia em uma realidade ausente. O mito é inverossímil, um erro. Mito significa fábula. É coisa fantástica ou semifantástica. Não é nada se não uma simulação, porque em algum aspecto se parece com os seres reais. É um

a exclusão de alguma atividade estatal do seu conceito representasse uma *capitis diminutio*, uma desvalorização dessa atividade, lançando-a em um limbo jurídico.

Com base nisso, grande parte dos conceitos existentes na doutrina dos serviços públicos abrange, com maior ou menor amplitude, atividades estatais que, se possuem a mesma base axiológica ou teleológica – o bem-estar da coletividade –, têm regimes jurídicos com pouco ou nada em comum (atividades indelegáveis/atividades delegáveis à iniciativa privada; financiadas por impostos/por tarifas e taxas; exploráveis comercialmente/gratuitamente; exclusivas do Estado/compartilhadas com a iniciativa privada; de uso obrigatório/facultativo; manifestações do *jus imperii* estatal ou não; atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais, etc.).

Devemos aqui nos ater à acima citada lição de CHARLES EISENMANN, segundo a qual, na elaboração dos conceitos, não devemos tomar em conta os fundamentos das relações jurídicas que estão sendo analisadas, mas sim os seus próprios conteúdos, ou seja, o seu regime jurídico.[29]

O fundamento da atividade estatal – o bem comum ou a satisfação das necessidades dos cidadãos – não deve ter maior importância para fins de conceituação dos serviços públicos, até porque toda atividade estatal, de qualquer dos Poderes, possui, de uma maneira ou outra, esse fundamento ou finalidade. O foco deve ser dado, portanto, no regime jurídico.

É natural que o conceito de serviços públicos abranja atividades com regimes jurídicos em parte distintos, que, por sua vez, serão agrupadas em subgrupos que constituirão as suas classificações. Todavia, deve haver algo quantitativa e qualitativamente comum aos regimes jurídicos dessas diversas atividades que justifique a colocação de todas elas sob o mesmo conceito geral. [30]

Por essas razões, desde já devemos, por total diversidade de regimes jurídicos, excluir do conceito de serviços públicos as atividades legislativas (edição de normas gerais e abstratas pelo Poder Legislativo) e jurisdicionais

---

conceito que deseja ser imagem e uma imagem que deseja ser conceito" (BIELSA, Rafael. *Metodología Jurídica*, Librería y Editorial Castellví S.A., Santa Fé – Argentina, 1961, p. 580).

[29] EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, Tome II, LGDJ, Paris, 1983, p. 800.

[30] "Para ser 'lógico', o conceito deve ter uma ou mais divisões, no seio de um conjunto definido de objetos – de um universo particular. Cada subgrupo deve abranger um certo número de objetos com uma ou mais características comuns, distintas daquelas que apresentam os objetos deixados de fora do subgrupo" (COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes,* LGDJ, Paris, 2003, p. 30). Trata-se da noção germânica, divulgada nos países latinos sobretudo por Martin-Retortillo Baquer, do "supraconceito", ou seja, um conceito superior formulado a partir de instituições ou figuras jurídicas que apresentam uma clara homogeneidade em virtude da mesma realidade substancial a que se referem, abrangendo, portanto, vários conceitos parciais reunidos sob a mesma denominação comum. Naturalmente que os conceitos primários reunidos no supraconceito não são , nem poderiam ser, idênticos entre si, pois se assim fossem essa categoria conceitual mais abrangente (o supraconceito) seria despicienda (cf. RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 114).

(composição definitiva de conflitos), voltando-se a pesquisa doravante exclusivamente às atividades administrativas.[31]

4 – O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição compromissória, no sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação. Não haveria como os serviços públicos escaparem a essa lógica, ainda mais sendo atividades que se encontram justamente no limiar da esfera pública e da esfera privada.[32]

---

[31] O conceito segundo o qual o Direito Administrativo é a parte da ciência jurídica que analisa as regras e os princípios que regem a Administração Pública, é um conceito que deixa a desejar porque não esclarece o que deve ser entendido por "Administração Pública", que possui duas acepções principais: uma subjetiva, outra objetiva. Pela primeira, "Administração Pública" seria o conjunto de órgãos e entidades estatais ou deles delegados que exercem atividade administrativa. A acepção objetiva de "Administração Pública", por sua vez, já deseja caracterizar substancialmente a própria atividade administrativa. É aí onde avultam as dificuldades. Para os juristas mais apegados à noção oitocentista de separação de poderes, seria "a aplicação da lei de ofício" (Miguel Seabra Fagundes). Outros juristas afirmam que seria aplicar a lei visando à satisfação do interesse público, ou ainda, a busca da satisfação do interesse público dentro dos quadros estabelecidos em lei. Juristas há que não distinguem a atividade administrativa da jurisdicional. Haveria para eles uma função de estabelecimento de normas gerais e abstratas – função legislativa –, e outra de aplicação concreta dessas normas, na qual estariam abrangidas as funções administrativa e jurisdicional. Entendemos, contudo, que a função jurisdicional pode perfeitamente ser apartada da administrativa pelas seguintes razões: a administração se exerce de ofício, a jurisdição quando provocada; as decisões da Administração não têm definitividade, as da jurisdição são cobertas pelo manto da coisa julgada; a administração é a atividade por substância de busca da satisfação do interesse público, ao passo que a jurisdição tem como principal foco a aplicação pura e simples da lei, sem perder de vista, naturalmente, o bem comum. Outros autores, capitaneados por Georg Jellinek (entre nós, por exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto), diante da multifacetariedade das atividades estatais desenvolvidas pelo poder Executivo, que abrange desde a expedição de ordens concretas de poder de polícia administrativa e aplicação de sanções, ao fomento, atuação direta na economia, planejamento econômico, etc. Diante desta diversidade de funções, que em grande parte não podem ser enquadradas como facilidade no esquema tripartite clássico, engendrou-se, ao nosso ver procedentemente, a conceituação subsidiária de atividade administrativa, ou seja, desta como sendo toda a atividade estatal que não fosse legislativa ou jurisdicional. Estes autores esteiam também a sua posição no fato de que a Administração Pública sempre foi a atividade nuclear do Estado; que as atividades jurisdicionais e legislativas como manifestações autônomas do poder estatal é uma construção recente do Estado liberal; e, por fim, que se pode imaginar um Estado sem Legislativo e sem Judiciário, mas jamais sem Administração Pública.

[32] "A definição do que seja, ou não, serviço público pode, entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público terá de ser contrastada com a definição expressa ou suposta pela Constituição" (LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres [Direito Público]*, Livraria Sulina, Porto Alegre, 1963, p. 122).

Há atividades, como a militar e a diplomática, cuja integração na esfera pública foi sempre considerada natural e indene de controvérsias. Por outro lado, a maioria das atividades econômicas, seja por não possuírem maior relevância para as necessidades básicas da coletividade (ex., fabricação e comercialização de sorvetes, de móveis de escritório, etc.), seja porque, mesmo tendo importância, são supridas satisfatoriamente pelo mercado (ex., alimentos, medicamentos, vestuário, etc.), integram indubitavelmente a esfera privada, ou seja, da livre iniciativa, sujeita apenas ao poder de polícia administrativa ou regulação exógena.[33]

O mesmo não se dá com os serviços públicos, atividades econômicas *lato sensu,* que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua.

4.1 – OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PERTINENTES À ATIVIDADE PRESTACIONAL DO ESTADO.

A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de um Estado que não é absenteísta, no sentido de não ser neutro diante das necessidades de desenvolvimento econômico e social da coletividade, o que, necessariamente, pressupõe que seja, diretamente ou através da iniciativa privada, um Estado garantidor de determinadas prestações necessárias à realização desses desideratos, radicados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana e na redução das desigualdades sociais e regionais (artigos 1º. e 3º., CF).

O princípio da dignidade da pessoa humana *"impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos."*[34]

[33] "O que justifica a regulação da *public utility* é a necessidade de sua regulação, não apenas a necessidade do produto" (BONRIGHT, James. *Principles of Public Utilities Rates,* Columbia University Press, 1961, p. 89). Parafraseando ao nosso sistema jurídico a frase do autor norte-americano, podemos afirmar: o que justifica a instituição de um serviço público é a necessidade de maior intervenção do Estado, não apenas a necessidade do produto.

[34] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 3º. ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 110.

Nessa senda, a Constituição dispõe em seu artigo 6º que *"são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados".*[35]

Colocado o quadro sobrejacente às largas obrigações do Estado Brasileiro com o bem-estar da coletividade, o conceito de serviço público no Direito Positivo Brasileiro não pode prescindir de uma análise específica de cada uma das previsões constitucionais de prestação de serviços pelo Estado.

No art. 9º., § 1º. a Constituição se refere a serviços "essenciais" (mas não "públicos") prestados pela iniciativa privada, em relação aos quais há restrições ao exercício do direito de greve por parte dos trabalhadores.[36]

No art. 21, integrante do Capítulo que enumera os bens e as competências legislativas e materiais da União, são previstas como sendo de sua competência uma série de atividades econômicas prestacionais, cabendo-lhe prestar o serviço postal e o correio aéreo nacional (inciso X); explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações (inciso XI); explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, 'a'), os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inciso XII, 'b'), a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (inciso XII, 'c'); os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inciso XII, 'd'); os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, 'e'); os portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, 'f'); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (inciso XXIII).[37]

---

[35] Especificamente quanto à criança e ao adolescente, o art. 227 também dispõe: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

[36] *Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º. - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º. - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.*

[37] A maioria dessas atividades são consideradas com relativa tranqüilidade como serviços públicos. Mas há algumas em que essa qualificação é controversa, como a concernente à exploração dos minérios nucleares, geralmente considerada como monopólio da União de atividade econômica *stricto sensu*, e os correios, considerados por LUÍS ROBERTO BARROSO como atividade econômica stricto sensu não monopolizada pela União, em outras palavras, para esse autor a União deve manter um serviço de correio, mas sem exclusividade (BARROSO, Luís Roberto. "Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada", **in** Revista de Direito Administrativo – RDA, 2000, vol. 222).

Note-se que esses incisos do art. 21, apesar de preverem uma série de atividades da competência da União, em nenhum momento se referem a elas como "serviço público", mas apenas a "serviço". Nessa passagem a única alusão genérica a "serviços públicos" se dá ao determinar caber à união "prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos" (inciso XIV), naturalmente entendidos em sentido *lato*, como todas as atividades desse Ente.

Ainda no art. 21, demonstrando a hibridez das matérias nele arroladas, há a previsão do exercício do poder de polícia em determinadas matérias (p. ex., "executar a inspeção do trabalho" – inciso XXIV), de competências legislativas (p. ex., "instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano" – inciso XX), de serviços *uti universi* (p. ex., "manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional" – inciso XV) e algumas outras atividades de provimento de necessidades da coletividade, ainda que não necessariamente tenham a natureza de um "serviço" (p. ex., "promover a defesa permanente contra as calamidades públicas" – inciso XVIII).

No art. 22, V, a Constituição dispõe incumbir privativamente à União legislar sobre "serviços postais"; no art. 24, IV, prevê a competência concorrente para legislar sobre "custas dos serviços forenses".

Ainda no Título concernente à Organização do Estado e divisão de competências entre os Entes Federados, ficou estabelecido caber aos Estados-membros explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º.).

A Constituição se refere também aos serviços internos, de apoio burocrático, das assembléias legislativas (art. 27, § 3º.), da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado Federal (art. 52, XIII), do Congresso Nacional (art. 57, § 3º., II), dos Tribunais (art. 96, I, 'b') e do Ministério Público (art. 127, § 2º.).

O art. 30 dispõe ser da competência dos Municípios "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" (inciso V), assim como o "atendimento à saúde da população" (inciso VII).

O art. 23 é o principal dispositivo que prevê as competências materiais, ou seja, de exercício de atividades, comuns a todos os Entes Federados, ou seja, que podem ser exercidas por todos eles, podendo ser divididas em três grupos básicos: atividades de fomento (ex., "fomentar a produção agropecuária" – inciso VIII); atividades cujos benefícios se refletem indistintamente em toda a coletividade, de maneira inespecífica e indivisível (ex., "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos" – inciso III), e atividades específicas e divisíveis, cujo benefício pode ser individualmente identificado e quantificado (ex., "promover programas de construção de moradias" – inciso IX).

Há na Constituição também uma série de referências a "serviços públicos de saúde" (arts. 34, VII, 'e'; 35, III; 167, IV; 198).

Quanto aos serviços de educação, dispõe o art. 205 serem "direito de todos e dever do Estado e da família". Em relação ao Estado, os seus deveres são especificados no art. 208,[38] o que não impede que a educação também possa ser prestada pela iniciativa privada por direito próprio, não por delegação estatal (art. 209).

A Constituição estabelece também em normas programáticas obrigações do Estado em relação ao desenvolvimento urbano (art. 182), à cultura (art. 215), ao desporto e ao lazer (art. 217), à ciência e à tecnologia (art. 218), ao meio ambiente (art. 225), à proteção da família (art. 226) e à proteção dos índios (art. 231).

Todas essas atividades forem consideradas essenciais pelo Constituinte, devendo, observada a reserva do possível e a alocação orçamentária de recursos, ser necessariamente desenvolvidas pelo Estado. Porém, da mesma forma que a educação, apesar dessa essencialidade e imprescindibilidade da prestação estatal, não estão excluídas da iniciativa privada, que também as pode prestar independentemente de qualquer delegação e, muitas vezes, até mesmo de autorização administrativa (ex., para ajudar famílias carentes ou apoiar manifestações culturais não é necessário o consentimento da Administração). Ao revés, quanto mais agentes estatais, privados e comunitários exercerem essas atividades, mais se atenderá aos objetivos constitucionais. Em alguns dispositivos, essa circunstância chega a ser expressamente afirmada pelo Constituinte, ao se referir à atividade como sendo um dever do Estado e da sociedade.[39]

Seriam essas atividades, prestadas tanto por particulares como pelo Estado, sempre serviços públicos? Apenas o seriam quando prestadas pelo Estado? Ou, diversamente, como não são exclusivas do Estado, não podem ser qualificadas como serviços públicos, ainda quando prestadas pelo Estado?

---

[38] *Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. § 1º. - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. § 2º. - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. § 3º. - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.*

[39] Ex.: *Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.*

No Capítulo da Administração Pública, a Constituição se refere a "serviço público" no singular, como sinônimo, ou do próprio Estado, ou de todas as atividades estatais, inclusive legislativas e jurisdicionais.[40] O art. 37, XIII, por exemplo, veda vinculações "para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público"; o art. 38, IV, disciplina a contagem do "tempo de serviço" para servidores que ocuparem cargos eletivos; o art. 39, § 7º., dispõe que a lei determinará os instrumentos de "desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público"; os dispositivos referentes à aposentadoria de servidores públicos se referem a "efetivo exercício no serviço público" para contagem de prazo (ex., arts. 40, § 1º., III, e art. 142, § 3º., III); aproveitamento "no serviço público" (art. 53, I, ADCT).[41]

No art. 37, § 1º., o Constituinte faz alusão a "serviços dos órgãos públicos" juntamente com atos, programas, obras, serviços e campanhas, para neles proibir a publicidade que caracterize promoção pessoal de agentes públicos. O objetivo do dispositivo é deixar claro que nenhuma atividade da Administração Pública pode ser usada para promoção pessoal.

O art. 37, § 3º., dispõe que a lei disciplinará "as reclamações relativas à prestação dos "serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços". Note-se que, ao se referir aos "serviços públicos em geral", dá a entender que a nossa Constituição contemplaria duas acepções para o termo, uma geral*, lato senso*, e uma mais específica, mais técnica, *stricto sensu*.

O § 6º. do art. 37 é o importante preceito da responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de "serviços públicos". O preceito denota a importância da qualificação ou não de determinada atividade como "serviço público", já que lhe estabelece um regime específico de responsabilidade civil.

O dispositivo abrangeria o serviço público em sentido *lato*, incluindo empresas terceirizadas de serviços administrativos internos da Administração Pública, ou apenas as que fossem delegatárias de serviços públicos prestados aos usuários? A última resposta parece impositiva, já que "a terceirização

---

[40] "A expressão 'serviço público' às vezes vem empregada em **sentido muito amplo**, para abranger toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública, desde uma carimbada num requerimento até o transporte coletivo. Quando se fala 'ingresso no serviço público', é atribuído sentido amplo ao termo. Se esta fosse a acepção adequada, todo o Direito Administrativo conteria um único capítulo, denominado 'serviço público', pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam. No sentido amplo da expressão 'serviço público' são englobadas também as atividades do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, quando se menciona o seguinte: O Judiciário presta um serviço público relevante; o Legislativo realiza um serviço público. Evidente que aí a expressão não se reveste de sentido técnico, nem tais atividades sujeitam-se aos preceitos norteadores da atividade tecnicamente caracterizada como serviço público" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno,* 7ª. ed., Ed. RT, 2003, p. 336).

41 Muitas vezes, e não só em matéria de servidores públicos, a legislação infraconstitucional também usa essa acepção de "serviço público". Veja-se, por exemplo, o art. 5º., 'h', do Decreto-lei nº. 3365/41, que prevê "a exploração e manutenção dos serviços públicos" como uma dos casos de utilidade pública para fins de desapropriação.

compreende apenas a execução material de uma determinada tarefa, em nome e sob a responsabilidade do Poder Público".[42] Nesses casos, portanto, é o Estado que continua a prestar o serviço, fazendo-o apenas através de empresa terceirizada.

Seguindo com a análise em ordem numérica dos dispositivos constitucionais, nos deparamos com o art. 54, I, 'a', da Constituição Federal, dispondo que os Deputados e Senadores não poderão ter contrato *"com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público".*

O art. 61, § 1º., II, 'b', dispõe competir privativamente ao Presidente da República a propositura das leis que disponham sobre os "serviços públicos" dos territórios.

O art. 109, IV, confere a Justiça Federal a atribuição de julgar os crimes praticados contra "serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas"; e o art. 144, § 1º., I, dispõe que à Polícia Federal compete apurar as infrações penais praticadas "em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas." Já os Municípios poderão instituir guardas municipais para proteção dos seus "serviços" (art. 144, § 8º.).

O art. 129, II, dá ao Ministério Público o encargo de *"zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição".*

Tais "serviços de relevância pública", ou seja, relevantes para a satisfação de direitos constitucionais, equivalem à figura do "serviço público", ou são mais amplos? A última alternativa é a que nos parece correta, uma vez que o âmbito de proteção do Ministério Público alcança também a iniciativa privada, mormente quando exerce atividades que, apesar de eminentemente privadas, afetam com intensidade os interesses fundamentais da população (ex., fornecimento de medicamentos, de alimentos, serviços particulares de saúde e de educação, etc.).

É com essa acepção que no art. 197 as ações e serviços de saúde são considerados de "relevância pública" independentemente de serem prestadas pelo Estado ou pela iniciativa privada, o que pressupõe a incidência de uma regulação estatal mais intensa do que seria admissível nas atividades privadas em geral. Por exemplo, é admissível que as empresas privadas de saúde adotem ações de prevenção e combate a epidemias.[43]

---

[42] RODYCZ, Wilson Carlos. "A Responsabilidade Civil das Empresas Privadas por Danos Causados na Prestação de Serviços Públicos Delegados", **in** *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 12, nº. 45, 2003, p. 208.
[43] WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, pp. 130-133.

O art. 136, § 1º., II, admite no Estado de Defesa *"a ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes."* Já o art. 139, VI, permite no Estado de Sítio a *"intervenção nas empresas de serviços públicos".*

O art. 145, II, de grande importância para os nossos objetivos conceituais, prevê, como uma das espécies de tributos, as *"taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição".* O dispositivo coloca os serviços públicos divisíveis (*uti singuli*) como uma das espécies de serviços públicos e os distingue do poder de polícia.

O Art. 149-A dispõe que *"os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública"*, que, naturalmente, constitui um serviço *uti universi*.

O art. 150, VI, 'a', veda aos Entes da Federação instituir impostos sobre o "patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros", assim como das *"autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes"* (§ 2º.). São excetuados da imunidade tributária os *"serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário"* (§ 3º.).

Este parágrafo claramente pressupõe que *(a)* os serviços remunerados são espécies de serviços prestados pelo Estado, e *(b)* que o Estado também presta, sob regime jurídico de direito privado, serviços que constituem atividades econômicas *stricto sensu*, não serviços públicos.

O art. 194, parágrafo único, II, determina a isonomia, a seletividade e a distributividade dos benefícios e serviços da seguridade social, que *"compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".*

O art. 227, § 1º., II, se refere a "bens e serviços coletivos" para determinar que o Poder Público assegure aos portadores de deficiência física o acesso a eles.

O art. 246 dispõe que *"a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos,"* dispositivo que veio a ser regulamentado pela Lei nº 11.107/05

De enorme importância são os dispositivos constantes do Capítulo dos princípios da ordem econômica (arts. 170 a 181), que deixam bastante exposto o liame dos serviços públicos com o Direito Constitucional Econômico, de maneira

que os serviços públicos podem, na dicção desse Capítulo constitucional, ser considerados uma espécie de atividade econômica.[44]

É do Capítulo dos princípios da ordem econômica que consta o único dispositivo da Constituição que disciplina os serviços públicos de forma genérica. Trata-se do art. 175, que dispõe que a sua prestação *"incumbe ao Poder Público (...), diretamente ou sob regime de concessão ou permissão",*[45] o que pressupõe uma idéia de serviço público como atividade específica, divisível e remunerável por cada indivíduo que dela usufruir. Não se falaria de delegação à iniciativa privada se ela não pudesse cobrar tarifas dos usuários.[46] Também pressupõe a titularidade do Estado sobre tais atividades, pois do contrário a iniciativa privada não precisaria de um contrato de concessão ou de permissão para prestá-las.

De extrema relevância é também o *caput* do art. 173, por força do qual a exploração de atividades econômicas pelo Estado deve ser excepcional, subsidiária, admitida apenas em razão da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, vedado o monopólio, salvo nas hipóteses já previstas na CF.[47] Quando isso ocorrer, ou seja, nos casos em que a Administração Pública, direta ou indireta, exercer *"atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços",* deve se submeter ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, que continuam livres para desempenhá-las sem precisar de qualquer delegação do Poder Público (§ 1º.). Inclui, portanto, a prestação de serviços pela Administração Pública como uma das possíveis espécies de atividades econômicas por ela explorada.

---

[44] Quanto à caracterização dos serviços públicos com atividades econômicas *lato sensu*, ver o Tópico 4.2.6. infra.

[45] *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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. As figuras da concessão e da permissão também são referidas no art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Estas concessões são, no entanto, bastante atípicas face à forte ingerência do Legislativo e do Judiciário em sua concessão e extinção, respectivamente, conforme dispõem os parágrafos do artigo. Outra espécie atípica de atividade são os serviços de cartório, que, objeto do art. 236 Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. O dispositivo prevê um serviço do Estado que, no entanto, deve necessariamente ser delegado à iniciativa privada.*

[46] O art. 202, § 5º., também se refere às "empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos" para sujeitá-las a um regime especial "quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada." Em seu sentido literal, pressupõe que haja permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos que não sejam privadas.

[47] "A empresa pública sempre terá privilégios em sua atuação, nem que seja no seu financiamento com capital público, cujo acionista é menos exigente em relação a dividendos. Por isso, a competência leal entre a empresa pública e a privada é quase impossível, o que torna necessário o princípio da subsidiariedade da empresa pública, a fim de que a liberdade de empresa em uma economia de mercado seja efetiva" (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 221).

Fica a indagação se essas atividades econômicas exploradas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada, consistentes na prestação de serviços, são serviços públicos[48] ou atividades econômicas *stricto sensu*. Pela própria menção à atuação do Estado em condições de igualdade com a iniciativa privada, denota-se não se tratar de serviço público, que, com a exceção dos serviços públicos sociais – o que não é o caso –, exclui a livre iniciativa, nos termos do art. 175.

De grande importância também são os arts. 176 e 177, que estabelecem o monopólio da União sobre determinados bens e atividades. As jazidas são propriedade distinta da do solo por força do art. 176, *caput*, do texto maior. O solo, por força do Código Civil, compreende espaço aéreo e subsolo correspondentes. Entretanto, a Constituição preceitua que, havendo solo e subsolo com jazida, está é objeto de direito distinto do objeto de direito denominado solo.

É relevante a comparação que deve ser feita entre o art. 177, que prevê atividades econômicas que só podem ser prestadas pela União ou por seus delegatários (ex., produção e refino do petróleo), e o art. 175, que também estabelece que determinadas atividades, que ele chama de serviços públicos, só podem ser prestadas pelo Estado ou por seus delegatários, ainda mais quando se considera que ambos os artigos integram o Capítulo da disciplina constitucional das atividades econômicas. Sendo assim, é possível indagar se os serviços públicos poderiam ser caracterizados como as atividades econômicas *lato sensu* monopolizadas pelo Estado delegáveis à iniciativa privada mediante a cobrança de tarifas.

Da exposição descritiva dos dispositivos constitucionais relacionados com a temática dos serviços públicos, podemos concluir que a República Federativa do Brasil é, por excelência, um Estado prestacional, com uma série de obrigações com a sua população. A questão é saber se todas essas obrigações jurídicas devem ter a sua execução material considerada como prestação de serviço público, ou se apenas uma parte delas deve sê-lo.

[48] Neste sentido, em posição minoritária, sustentando ser o art. 173, *caput*, o fundamento para o Estado, além de poder explorar atividades econômicas *stricto sensu* em concorrência com a iniciativa privada, poder também criar novos serviços públicos além dos já previstos na Constituição, ver DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na Produção Econômica*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 197. O Min. Maurício Corrêa também já fez essa associação entre o art. 173 e os serviços públicos (no caso dos correios) no seu voto no Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF. A associação é, ao nosso ver, improcedente, já que o art. 173 se refere apenas a atividades econômicas *stricto sensu*, o que é claramente demonstrado pelo mandamento constante desse artigo de que a exploração pelo Estado não exclui a concorrência em igualdade de condições com iniciativa privada.

4.2 – OS SENTIDOS DE "SERVIÇO PÚBLICO" EXTRAÍVEIS DA CONSTITUIÇÃO.

A Constituição Brasileira de 1988, apesar de, ao contrário da maioria dos Países em que foram construídas as teorias sobre os serviços públicos, possuir várias regras específicas sobre eles,[49] não chega a ser precisa na utilização da nomenclatura, ora se referindo a serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividades da titularidade do Estado que podem dar lucro (ex., arts. 145, II, e 175), ora como sinônimo de Administração Pública (ex., art. 37), ora para tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (ex., art. 198). Outras vezes se refere apenas a "serviços" (ex., art. 21) e a "serviços de relevância pública" (ex., arts. 121 e 197).

Assim, a Constituição Brasileira de 1988 poderia, em tese, contemplar as seguintes concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com a sua maior ou menor abrangência:

4.2.1 – CONCEPÇÃO AMPLÍSSIMA DE SERVIÇO PÚBLICO (E OS "PRINCÍPIOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS").

Advém da escola clássica do serviço público de LÉON DUGUIT, equivalendo o serviço público a todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, quando menos, a um sinônimo da própria Administração Pública (critério orgânico ou subjetivo), sejam elas externas ou internas, inerentes ou não à soberania, econômicas/potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento.[50]

Essa concepção possui, inspirada em outro discípulo da escola do serviço público, GASTON JÈZE, uma versão levemente mais restritiva, no sentido de que serviços públicos seriam todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado (critério formal).[51]

---

[49] "Na França, e em países que sofreram a influência do conceito francês de serviços públicos, como a Itália, Grécia e Portugal, inexiste um conceito constitucional de serviços públicos, embora haja alusões a serviços públicos nas respectivas constituições. A noção, nesses países, foi muito mais trabalhada pela jurisprudência e pela doutrina, as quais, assim como a legislação, não têm os pesados condicionamentos constitucionais existentes no Brasil" (COUTO E SILVA, Almiro do. "Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA.* Ed. Renovar, vol. 230, 2002, pp. 72-73).

[50] Com essa concepção amplíssima, ver, por exemplo, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª. ed., Ed. Malheiros, 1998, pp. 284 e seguintes. Em sentido similar, COMADIRA, Julio Rodolfo. "El Servicio Público como Título Jurídico Exorbitante", **in** *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C*, vol. 19, 2004, p. 84 e seguintes.

[51] "Na sua mais antiga formulação, para a caracterização do serviço público fazia-se mister a reunião de três elementos essenciais: a) serviço de interesse geral ou de utilidade pública (critério funcional ou objetivo); b) prestado pelo Estado direta ou indiretamente, por delegatários privados (critério subjetivo ou orgânico); e c) sob regime jurídico especial, de Direito Público. Os dois últimos elementos há muito já se modificaram. Pessoas jurídicas de Direito Privado também prestam serviço público, mas seria sempre necessária a existência de um vínculo orgânico com o

BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO[52] explica esse critério: *"A verificação dessa decisão política não pode, por sua própria natureza, ficar subordinada a um critério estático; resultará, outrossim, de um conjunto de circunstâncias, sendo cada uma delas isoladamente insuficiente, sendo para esse efeito muito relevante o papel interpretativo dos tribunais. Entre essas circunstâncias pode ter influência na determinação do serviço público: o estabelecimento de obrigações especiais para assegurar o funcionamento do serviço; o monopólio na sua exploração; o ato legislativo ou legislativo que os cria; o regime jurídico especial a que se encontra sujeito. (...) A análise dessa posição doutrinária leva à dedução dos seguintes princípios fundamentais: a) a organização e o funcionamento do serviço público podem ser modificadas a qualquer momento; b) só podem ser considerados serviços públicos os serviços realizados pelo Estado ou por seus concessionários; e c) a existência, em tese, de dois procedimentos para a satisfação dos interesses coletivos, um atuando de acordo com o Direito Privado e outro de acordo com o Direito Público. (...) Na realidade, diz JÈZE, 'atualmente quase todas as concessões de serviço público se relacionam com os serviços econômicos, que por isso são chamados de serviços industriais. Mas nenhum obstáculo jurídico há para que a concessão de serviço público seja empregada para outros serviços públicos: polícia, justiça, cobrança de impostos'. Esta opinião permite, sem dúvida, apreciar os dilatados limites que o eminente mestre atribui à noção do serviço público e que levou MÁRIO MASAGÃO a tecer as seguintes considerações: 'Assusta, todavia, que, não um economista, mas um jurista da responsabilidade de JÈZE, emita tal opinião, insustentável diante dos princípios elementares do Direito Público'."*

Nessa passagem, uma observação deve ser feita: é muito comum na doutrina dizer-se que os serviços públicos se caracterizam pelo regime jurídico especial de Direito Público, mas poucos chegam a realmente dizer o que isso significa. O máximo a que a doutrina parece ter chegado é, como faz JÈZE, a enunciação de indícios, ou à necessidade de atendimento de alguns princípios, como a universalidade, continuidade, etc., princípios também, por si próprios, bastante fluidos e também aplicáveis, ainda que parcialmente, a atividades privadas (ex., os planos de saúde não podem ser interrompidos abruptamente), mormente em razão da publicização dos contratos privados;[53] da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também incidem sobre as relações privadas, podendo até chegar a impor a celebração de contratos interprivados (p. ex., quando a empresa é a monopolista de fato no mercado, quando a empresa discrimina seus clientes por critérios ilegítimos, etc.);[54] e das imposições de ordem pública da legislação consumerista.[55]

Estado. No tocante ao regime jurídico, ele não é só o de Direito Público, a que se subordinam os serviços públicos de natureza administrativa. Quase sempre a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto". (COUTO E SILVA, Almiro do. "Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções públicas por Particulares". Serviço Público à Brasileira?, **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA.* Ed. Renovar, vol. 230, 2002, p. 47, excursos nossos).

[52] BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*, Tomo III, Primeira Parte, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 14-17.

[53] GOMES, Orlando. Decadência do Voluntarismo Jurídico e Novas Figuras Jurídicas, **in** *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, 2ª. ed., Ed. RT, São Paulo, 1980.

[54] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

[55] A função social da empresa, expressão da função social da propriedade, contemplada no Novo Código Civil e na Ordem Econômica Constitucional, "traz consigo a idéia do estabelecimento de comportamentos empresariais, positivos e negativos, instrumentalizando a utilização do capital a favor da pessoa humana. Não foi por outro motivo que a Constituição de 1988 tratou da atividade

Além de haver casos em que esses princípios (universalidade, continuidade, igualdade...) podem ser aplicados a atividades privadas, a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos, pelo menos em um conceito que não seja tão amplo deles. Portanto, a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços públicos só faz sentido se equipararmos os serviços públicos a todas as atividades estatais.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, após enumerar os princípios que para ele caracterizariam o "regime especial" dos serviços públicos (supremacia do interesse público, universalidade, continuidade, impessoalidade, motivação, modicidade das tarifas, etc.), acaba reconhecendo que *"este arrolamento, obviamente não representa senão o realce dado a alguns princípios dentre os que compõem o regime jurídico administrativo, tendo em vista a sua ressonância evidente nos serviços públicos, ou por constituírem especificações deles perante tal temática"*.[56] Em outras palavras, os tais princípios dos serviços públicos são, na verdade, os princípios da Administração Pública.[57]

Chega-se à mesma conclusão com as indagações formuladas por RODOLFO CARLOS BARRA: *"Se pensarmos nas características de 'universalidade', 'regularidade', 'igualdade' e 'continuidade', a que outro instituto do Direito Administrativo elas também não teriam que ser atribuídas? Pode por acaso a Administração atuar com discriminações arbitrárias, e de maneira que não seja sustentada por um critério de universalidade para o interesse público...? Naturalmente que haverá matizes de caso para caso, mas a realidade substancial é idêntica. Se formos definir o serviço público por esses princípios, todo o Direito Administrativo será serviço público"*.[58]

---

econômica, submetendo a ordem econômica à valorização do trabalho humano, à função social da propriedade, redução das desigualdades sociais e regionais e livre iniciativa e tendendo à afirmação da dignidade da pessoa humana, conforme orientação do art. 170" (FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral,* Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 247). Ressalvamos, apenas, que os valores da ordem econômica devem ser ponderados, não havendo preponderância de uns em relação a outros *a priori*, e que muitas vezes será a priorização da livre iniciativa que mais fará com que a empresa cumpra a sua função social.

[56] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil*, **in** *Direito do Estado: novos rumos,* Tomo 2 (Direito Administrativo), Ed. Max Limonad, São Paulo, p. 29.

[57] **Não estamos a afirmar, obviamente, que esses princípios não são aplicáveis aos serviços públicos. Eles lhes são aplicáveis, assim como o são a todas as espécies de atividade administrativa, o que lhes retira, contudo, a capacidade de constituir um regime jurídico especial de apenas uma delas** (a atividade militar e os serviços burocráticos internos não podem ser descontinuados; o fornecimento de mercadorias por uma estatal exploradora de atividade econômica *stricto sensu* não pode ser discriminatório; se o Estado vem a atuar por razões de segurança nacional, nos termos do art. 173, como agente econômico em concorrência com a iniciativa privada, a atividade não pode sofrer solução de continuidade; as taxas pelo exercício do poder de polícia e da jurisdição não podem impedir o acesso à atividade estatal por serem caras demais; etc.)

[58] BARRA, Rodolfo Carlos. Los Principios Generales de la Intervención Pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público, **in** *Servicio Público, Policia y Fomento (Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral),* Ed. RAP, Buenos Aires, 2003, p. 53, grifamos.

Assim, entendemos que o único ponto mais relevante do que se poderia chamar de um regime jurídico identificador dos serviços públicos é, com a exceção dos serviços públicos sociais em razão de expressa referência constitucional, a impossibilidade de a iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do Poder Público, como veremos mais adiante.

4.2.2 – CONCEPÇÃO AMPLA DE SERVIÇO PÚBLICO.

Uma segunda concepção corresponderia os serviços públicos às atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, às funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade do Estado. Assim, abrangeriam os chamados serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxa ou tarifa), os serviços sociais (que podem ser prestados livremente – sem delegação – pela iniciativa privada) e os serviços *uti universi* (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão).

Ficariam de fora do conceito apenas a polícia administrativa, que, ao invés de prestar utilidades aos indivíduos, lhes restringe a esfera de liberdade; e o fomento, que apenas visa a incentivar a sociedade e o mercado a, eles próprios, atuarem no sentido da realização do interesse público.

4.2.3 – CONCEPÇÃO RESTRITA DE SERVIÇO PÚBLICO.

Essa concepção de serviço público abrangeria apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada.

A diferença em relação à concepção anterior é que ficariam excluídos os serviços *uti universi*, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos. O Conceito conteria então os serviços públicos econômicos e sociais, que constituiriam a sua classificação básica.[59]

4.2.4 – CONCEPÇÃO RESTRITÍSSIMA DE SERVIÇO PÚBLICO.

Decorrente dos arts. 145, II, e 175 da Constituição, que prevêem a remuneração específica dos serviços públicos por taxa ou tarifa, respectivamente, essa concepção contemplaria apenas os serviços que pudessem ser financiados dessa forma (os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a

[59] Em outros momentos desse trabalho trataremos com mais vagar da distinção entre essas categorias de atividades prestacionais do Estado.

identificação de quem usufruiu o serviço e em que proporção), devendo ainda, nos termos do art. 175, ser de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão.[60]

Por esse conceito, estariam excluídos, além dos serviços *uti universi,* os serviços sociais, que não são titularizados pelo Estado com exclusividade, constituindo também atividades abertas à iniciativa privada (ex., saúde e educação).

4.2.5 – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF.

A jurisprudência do STF[61] não possui uma sistematização bem elaborada do conceito de serviço público, havendo apenas menções esparsas ao conceito ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada.

É comum a referência aos serviços públicos como sendo apenas aqueles reservados ao Estado, o que é natural, uma vez que até mesmo a doutrina, na qual se pressupõe uma maior preocupação sistematizadora, muitas vezes se refere apenas a essa espécie de serviço público, ainda que não a considere a única, por ser a mais peculiar.

No Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF houve um interessante debate travado entre os Ministros MARCO AURÉLIO, MOREIRA ALVES, SEPÚLVEDA PERTENCE e ILMAR GALVÃO sobre se o arrolamento de um serviço no art. 21 da Constituição (no caso, o serviço dos correios) como sendo de competência da União, representava ou não o monopólio da atividade por ela.

A discussão começou quando o Ministro MARCO AURÉLIO indagou: *"Ministro Moreira Alves, não lhe parece que, no caso, não se trata de monopólio? A atuação não está no rol constitucional das atividades em que há monopólio. O que consta da Constituição é que a União é compelida a manter o serviço, coisa diversa. (...) São coisa distintas: a obrigação da União manter o serviço e monopólio".*

O Ministro MOREIRA ALVES redargüiu afirmando: *"Trata-se de monopólio. Não se pode interpretar de outra forma. Se ela tem que manter o serviço postal, ninguém pode mantê-lo".*

---

[60] Para essa posição, os serviços públicos poderiam ser conceituados como "a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado direta ou indiretamente, que tem por finalidade satisfazer necessidades individuais de relevância coletiva, mediante prestações periódicas e sistemáticas, que constituem o objeto principal de uma relação jurídica concreta com os usuários e demais administrados, e asseguradas por normas e princípios que outorgam prerrogativas de Direito Público a quem a cumpre para possibilitar a melhor satisfação das necessidades coletivas" (HUALDE, Alejandro Pérez. *El Concesionário de Servicios Públicos Privatizados*, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 07).

[61] No presente Tópico pretendemos, naturalmente, trazer à baila apenas as decisões do Supremo às quais tivemos acesso que possam contribuir, de maneira geral, para a formulação de um conceito de serviço público.

No Recurso Extraordinário nº. 220.999-7, demonstrando uma abertura à concepção material ou objetiva de serviço público, como sendo a atividade que atende ao interesse público, o STF não considerou suficiente a inclusão do transporte aquaviário no rol das atividades da competência da União (art. 21, XII, 'd', CF) para qualificá-lo como serviço público, no caso concreto, por tratar-se de transporte efetuado por empresa pública das mercadorias fabricadas por empresa privada. Para o Ministro NELSON JOBIM, citando CIRNE LIMA, não haveria o necessário requisito de "utilidade pública" da atividade para que pudesse ser considerada como serviço público e, portanto, de prestação obrigatória pela União, que poderia, então, ter mesmo permitido que a sua prestação cessasse.[62]

Em outro julgado, privilegiando o critério orgânico ou subjetivo de conceituação do serviço público (serviço público como a atividade do Estado), o STF decidiu: *"Competindo à União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, f, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço de docas"* (Recurso Extraordinário nº. 172.816).

A narrativa desses julgados adverte que se deve evitar absolutizações de afirmações esparsas de Ministros do Supremo, que, naturalmente, devem ser sempre consideradas no contexto do caso concreto e com as naturais limitações que o STF vem tendo, provavelmente em razão da quantidade de processos que lhe são submetidos, em fixar os marcos teóricos de suas decisões, o que, todavia, certamente contribuiria para a construção de uma jurisprudência mais sólida, que evitaria inclusive a propositura desnecessária de algumas novas ações.

O que, no entanto, independentemente de questões conceituais, a jurisprudência do STF tem deixado claro, muitas vezes encampando as lições doutrinárias do hoje Ministro EROS ROBERTO GRAU,[63] é o papel que o serviço público tem na delimitação da esfera pública e da esfera privada,[64] ou seja, entre o âmbito de atuação do Estado (serviços e monopólios públicos), e o âmbito em princípio exclusivo do mercado, da livre iniciativa privada.[65]

---

[62] O acórdão é louvado por EROS ROBERTO GRAU em sede doutrinária (GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público, **in** *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 262-263).

[63] Ver os ensinamentos do autor expostos ao longo do presente artigo.

[64] Naturalmente que essas fronteiras possuem algumas áreas em comum, como as previstas no art. 173, em que Estado e iniciativa privada podem explorar em concorrência atividades econômicas *stricto sensu.*

[65] Fazendo a mesma delimitação, o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar os serviços de radiodifusão sonora serviços públicos por qualificação constitucional, ainda que a Constituição não o faça expressamente, já decidiu, em acórdão com a seguinte ementa: "Os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagem e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos a serem explorados diretamente pela União ou mediante concessão ou permissão... (art. 175, CF). (...) As TVs educativas, cujos serviços que exercem são regidos por normas de Direito Público e sob regime jurídico específico, não desenvolvem atividades econômicas sob regime empresarial e o predomínio da livre iniciativa e da livre concorrência e não estão jungidas ao sistema peculiar às empresas privadas, que é essencialmente lucrativa. Não se inclui no conceito de atividade econômica, aquela que a Constituição qualificou como serviço público, ainda que potencialmente lucrativa (*v. g.* serviços de

Nessa esteira, o MINISTRO NELSON JOBIM afirmou, no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF, que, *"no tratamento dos direitos econômicos, o texto de 1988 reforçou a opção por uma 'constituição do Estado Liberal'. Essa constatação choca-se com alguns que, condicionados por perspectivas políticas não positivadas, insistem em ver, no texto original de 1988, quanto aos direitos econômicos, uma 'Constituição do Estado de Direito Social'."*

Em acórdão de 1979, o Supremo, ao apreciar questão relacionada a hotel do Estado de Santa Catarina arrendado a particular com a obrigação de explorar a sua hoteleira, contrato realmente muito mais próximo ao fomento, afirmou que *"não deve ser considerado serviço público aquele que outro particular pode prestar independentemente de concessão",* ou seja, a hotelaria, atividade que não é de titularidade estatal exclusiva.[66]

A matéria vem sendo ultimamente apreciada pelo STF em relação à caracterização da atividade exercida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT como serviço público ou como atividade econômica, do que decorreria, segundo o Supremo, a caracterização dessa entidade como "Fazenda Pública" ou como empresa privada, respectivamente. A posição do Supremo tem sido a de considerá-la serviço público, aplicando-se à ECT a imunidade tributária recíproca, a sistemática de execução de dívidas por precatório, etc.

O MINISTRO CARLOS VELLOSO chegou a inferir do fato de a ECT prestar um serviço público que ela é, materialmente, uma autarquia, não uma empresa pública.[67]

A tradição doutrinária do Direito Brasileiro afirma a existência de duas espécies de empresas públicas e sociedades de economia mista: as exploradoras de atividades econômicas e as prestadoras de serviços públicos. Seriam grandes os problemas administrativos que essa posição do STF geraria na estrutura da Administração Indireta de todos os Entes da Federação, acarretando maior publicização da Administração Indireta, justamente na contramão da tendência mundial de adoção de métodos mais flexíveis em relação ao Direito Público com vistas à maior agilidade e eficiência.[68]

---

radiodifusão sonora), mas se sujeita a uma disciplina cujo objetivo é realizar o interesse público" (MS nº. 5307/DF).

[66] Recurso Extraordinário nº. 89.217-6, Santa Catarina.

[67] "É preciso distinguir as empresas públicas que explorem atividade 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 há aplicação do disposto no § 1º. do art. 173 da Constituição, sujeitando-se tais empresas prestadoras de serviço público, inclusive, à responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º.). (...) No caso, tem-se uma empresa pública prestadora de serviço público – a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT –, serviço postal (CF, art. 21, X). Além de não estar, portanto, equiparada às empresas privadas, **integra o conceito de Fazenda pública**. Assim, seus bens não podem ser penhorados, estando sujeita à **execução própria das pessoas públicas**: CF, art. 100" (Voto do Ministro-Relator Carlos Velloso, proferido no Recurso Extraordinário nº. 220.907-5 Rondônia, grifamos).

[68] Há, não se pode olvidar, corrente minoritária que concorda com essas recentes decisões do Supremo, equiparando essas entidades privadas da Administração Indireta à Fazenda Pública quando a sua atividade for serviço público. Ver, nesse sentido, BAZILLI, Roberto Ribeiro.

O emprego de pessoas jurídicas de direito privado na Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) – não mais de autarquias – para prestar serviços públicos econômicos visou exatamente a esses objetivos. A própria figura dos serviços públicos industriais ou comerciais resulta de construção do Conselho de Estado francês, que nela pressupunha justamente a aplicação predominante de regras do Direito Privado.

Em um desses casos (Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF), o MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA afirmou: *"As empresas prestadoras de serviço público operam em setor próprio do Estado, no qual só podem atuar em decorrência de ato dele emanado. (...) Não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais e paraestatais que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º., da Constituição Federal, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado (CF, art. 173, § 2º.)"* (grifos no original).

No Recurso Extraordinário nº. 172.816, o Supremo, ao decidir pela não expropriabilidade por Estado-membro de bem afeto a serviço público federal prestado por sociedade de economia mista, decidiu pela inaplicabilidade do art. 173, § 1º., CF, em acórdão assim ementado: *"A norma do art. 173, § 1º., da Constituição 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*

"Serviços Públicos e Atividades Econômicas na Constituição de 1988", **in** Revista de Direito Administrativo – RDA, vol. 197, 1994, pp. 10-21; e MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*, 2ª. ed., Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004. Esse autor, que chega a ver uma simulação na criação de pessoas jurídicas de Direito Privado para prestar serviços públicos, o que seria uma forma de escapar das regras de Direito Público (p. 267), afirma que "no Brasil, em face do texto constitucional, as empresas públicas (*stricto sensu*) e as sociedades de economia mista só podem ser criadas legitimamente para a exploração de atividades econômicas. Aqui sim, portanto, a forma e o fundo se harmonizam, havendo, então, perante o direito, um aspecto essencial a ser considerado: é o Direito Privado puro, que, em grande parte, rege tais sociedades. (...) Quanto à extensão do Direito Administrativo, de modo pleno, às empresas públicas (as que prestam serviços públicos industriais ou comerciais), para nós, ela se impõe, não em virtude da aplicação da teoria da personalidade única (pública) do Estado, como quer Gordillo, mas sim, em razão da extensão a tais empresas (pelo fato de sua atividade ser própria e originária do Estado) dos princípios do Direito Público, em especial do Direito Administrativo" (pp. 283 e 284). Preferimos a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim critica a definição do Decreto-lei nº. 200 (não vinculante de outros atos legislativos da mesma hierarquia de lei ordinária), que restringiria o conceito de empresa pública às que explorassem atividade econômica: "Tal característica não pode ser proposta como um elemento de sua definição. Deveras, algumas empresas públicas efetivamente são concebidas como instrumento de atuação estatal no referido setor. Outras, entretanto, foram criadas e existem para prestação de serviços públicos, serviços qualificados, inclusive pela Constituição em vigor, como privativos de entidade estatal ou da própria União. Donde, a atividade em que se substanciam apresentam-se, do ponto de vista jurídico (...), como a antítese da exploração da atividade econômica, já que esta, perante a Lei Magna, é de alçada dos particulares, típica da iniciativa privada – e não do Poder Público" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo,* 17ª. ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2004, p. 175).

exclusividade. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União".[69]

Note-se que a ementa distingue claramente as figuras *(1)* da atividade econômica explorada pela União sem monopólio, em concorrência com iniciativa privada, *(2)* a atividade econômica explorada pela União com monopólio e *(3)* os serviços públicos explorados pela União.

O grande problema da linha de pensamento que vem sendo adotada pelo Supremo em relação à ECT é a dificuldade – para não dizer impossibilidade – da diferenciação entre os serviços públicos industriais ou comerciais (só exploráveis por pessoas jurídicas de direito público) e as atividades econômicas *stricto sensu* exploradas pelo Estado (passíveis de exploração por empresas públicas ou sociedades de economia mista), já que a doutrina que sustenta essa posição distingue-os afirmando que aquele, como todo serviço público, atende ao interesse público objetivo, ou seja, o interesse público já existente na natureza das coisas, ao passo que estas atendem apenas a um interesse público subjetivo, ou seja, que vem a ser considerado pelo Estado como tal.[70]

Ora, mas como identificar um interesse público que já estaria presente na "natureza das coisas"? Essas concepções essencialistas, que procuram encontrar definições de direito positivo na natureza das coisas, possuem uma excessiva carga de subjetividade, ainda mais em se tratando da distinção entre serviços públicos industriais e atividades econômicas exercidas pelo Estado, com muitos pontos em comum, até pela origem, já que, como observa RUY CIRNE LIMA,[71] a maioria dos hoje considerados serviços públicos industriais começaram a ser prestados pelo Estado como atividades econômicas monopolizadas, de fato ou de direito.

4.2.6 – O CONCEITO PROPOSTO.

Preliminarmente, cumpre lembrar que, conforme exposto no início deste trabalho, não há classificação ou conceito que por essência seja correto ou errado (o certo é que nenhum deles será perfeito),[72] mas sim mais ou menos adequado aos objetivos metodológicos perseguidos.

---

[69] O Ministro Sepúlveda Pertence se pronunciou no mesmo sentido no Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF, assim como o Ministro Carlos Velloso na ADIn nº. 1552-4. Ver também os Recursos Extraordinários nºs. 100.433-RJ e 204.653-RS, 229.696-PE e 225.011-MG, em que houve decisão pela impenhorabilidade dos bens de empresa pública prestadora de serviço público. No Recurso Extraordinário nº. 407.099/RS, foi, pelas mesmas razões, reconhecida a imunidade tributária recíproca à ECT.

[70] MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*, 2ª. ed., Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004, pp. 219-220.

[71] LIMA, Ruy Cirne. *Organização Administrativa e Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro*, ***in*** Revista de Direito Público, vol. 59-60, pp. 131-132.

[72] Massimo Severo Giannini, ao se perguntar a respeito de qual das concepções de serviço público está correta, responde: "Por mais que a resposta possa parecer estranha, as duas concepções de serviço público estão corretas. O que estamos chamando de diversas

Devemos, portanto, focados na busca da identificação das fronteiras entre o espaço público e o privado e de como os serviços públicos neles se inserem, verificar qual das acepções de serviço público acima expostas é mais operacional.

A primeira acepção (amplíssima), apesar de correspondente à noção clássica francesa de serviço público, que definia ao próprio Estado como sendo um conjunto de serviços públicos, em cujo conceito estariam incluídas até mesmo as atividades jurisdicionais e legislativas, poderia até ser adotada em um trabalho de ciência política ou de sociologia, mas seria de escassa utilidade em um estudo jurídico, já que abrangeria atividades totalmente díspares entre si em termos de regime jurídico. Nessa acepção, uma obra sobre serviços públicos seria um tratado geral de Direito do Estado.

JAVIER URRUTIGOITY observa que um conceito muito *lato* de serviço público faria com que fosse *"apenas um conceito 'metajurídico'. As conseqüências práticas dessa postura seriam quase idênticas às teses que negam a idéia de serviço público".*[73]

A segunda acepção exposta de serviço público (ampla) aproxima-se bastante do ideal, mas possui o inconveniente de colocar sob a mesma rubrica atividades que, do ponto de vista estritamente jurídico, são muito diferentes: os serviços *uti universi* e os serviços *uti singuli.*

Os regimes jurídicos dessas atividades pouco ou nada possuem em comum, e os poucos pontos que possuem, como a possibilidade de serem exigidos judicialmente do Estado, nem que seja como tutela de interesses difusos ou coletivos, são na verdade comuns a todas as atividades estatais, o que nos levaria de volta ao conceito de serviço público amplíssimo acima analisado. Não há uma peculiariedade que identifique apenas os serviços *uti universi* e *uti singuli* no conjunto das atividades estatais.

O conceito restritíssimo (quarta hipótese supra-aventada – a terceira veremos em seguida), contemplador apenas dos serviços públicos tradicionalmente chamados de "econômicos", por possibilitarem a sua exploração pela iniciativa privada com fins lucrativos, seria o tecnicamente mais bem delimitado. Seria, no entanto, restrito demais, já que não se deve exigir que um

---

'concepções', na verdade são diversos conceitos. Se existissem termos distintos para indicá-los, a questão ficaria claríssima" (GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milão, 3ª. ed., 1993, p. 24, grifamos). Transladando a questão para o âmbito mais geral da hermenêutica do Direito Constitucional Econômico, no qual a matéria dos serviços públicos se insere, Ronaldo Porto Macedo Jr. afirma que "qualquer interpretação do regime jurídico do mercado é sempre a interpretação de um regime jurídico específico e possível, dentre outros igualmente possíveis, que também o jurista tem como tarefa reimaginar, reformular e transformar visando a sua adaptação frente às finalidades possíveis que possam orientar o seu redesenho, como por exemplo o desenvolvimento econômico, a liberdade de comércio e defesa da propriedade privada e do Estado mínimo, a justiça social (...). Em outras palavras, o arranjo institucional que dá suporte a uma ordem de mercado tem forte aspecto de contingência e de plasticidade" (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 53).

[73] URRUTIGOITY, Javier. *Retribuición en los Servicios Públicos*, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* (coord. Marta González de Aguirre), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 66.

conceito abranja apenas fenômenos jurídicos idênticos, sob pena de não lograr os seus objetivos de sistematização, já que para cada fenômeno haveria um conceito. O conceito deve, outrossim, contemplar o maior número possível de fenômenos distintos que possuam em comum um regime jurídico mínimo significativo.[74]

Contra essa concepção restritíssima de serviços públicos também militam os próprios termos utilizados pela Constituição no art. 145, II, que, ao especificar a divisibilidade e a especificidade, parece pressupor que os serviços públicos específicos e divisíveis seriam apenas uma das espécies de serviço público.

Por outro lado, o art. 175 realmente alude a serviços públicos pressupondo serem econômicos (*vide* a referência à "política tarifária"), dando a impressão que constituiriam a única espécie de serviço público.[75] Todavia, não podemos desconsiderar a inserção desse artigo na Ordem Econômica (o art. 175 estaria tratando apenas dos serviços públicos econômicos) e a existência de dispositivos constitucionais específicos que expressamente chamam de "serviços públicos" os serviços (gratuitos) de saúde prestados pelo Estado.

Além disso, cada vez mais se tem procurado atribuir, não só aos serviços públicos, como às demais atividades estatais, formas de gestão econômica, através de mecanismos mais ou menos híbridos e atípicos de delegação à iniciativa privada, principalmente através das denominadas Parcerias Público-Privadas, falando-se até mesmo, por exemplo, na delegação à iniciativa privada da gestão de presídios.

Na verdade, está havendo uma economicização das atividades estatais como um todo, sendo questionável a identificação de apenas uma delas como sendo as atividades estatais econômicas por excelência, os "serviços públicos econômicos", que constituiriam, naquela concepção restritíssima, a única espécie de serviço público.

Passamos, então, à terceira acepção de serviço público – ao seu conceito restrito –, que, ao nosso ver, é o mais operacional por contemplar um conjunto de atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que, apesar de não terem regimes jurídicos idênticos (uns só podem ser prestados pela iniciativa privada mediante delegação do Poder Público, outros quando muito necessitam apenas de autorizações administrativas de polícia; uns são via de

[74] "O serviço público é uma categoria que opera, às vezes, em plenitude, quando se reúnem todas as notas que idealmente devem conformar o seu regime, e, por outro lado, em outras ocasiões, também estamos ante um serviço público, ainda que as suas notas características estejam apenas parcialmente presentes" (MACHADO, Santiago Muñoz. *Servicio Público y Mercado,* Vol. IV [*El Sistema Eléctrico*], Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 73).

[75] A distinção entre serviço público (espaço público) e atividade econômica *stricto sensu* (espaço privado), "jungida ao modelo constitucional brasileiro, parece levar em conta a titularidade do gestor, daí deriva a distinção categórica entre duas esferas, a pública e a privada. Uma distinção de tal ordem não encontra equivalente na doutrina comunitária sobre a matéria (...). Isso ocorre porque o direito comunitário privilegia o enfoque objetivo, enquanto que entre nós, por força da norma constitucional, a análise da matéria impõe-se pelo critério subjetivo" (JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 181).

regra cobrados dos usuários, outros geralmente são gratuitos; etc.), possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum ("unidade de sentido") capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito (ambos são em maior ou em menor escala sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis; geram direitos subjetivos individuais; etc.).

Além de ser mais operacional, esse conceito também é inferível da Constituição Federal de 1988, razão pela qual o adotaremos na seguinte forma: serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.

Esse conceito[76] busca na Constituição a acepção mais consentânea com a evolução político-econômica pela qual as atividades prestacionais do Estado vêm passando e com o foco que vem sendo dado pela doutrina aos serviços específicos e divisíveis. É inclusive curioso notar como, mesmo as monografias que adotam uma acepção ampla dos serviços públicos, abrangentes dos serviços *uti universi*, o fazem no primeiro capítulo, para, nos capítulos seguintes, tratarem de aspectos referentes apenas aos serviços *uti singuli*, como a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a inserção da concorrência, as modalidades de delegação, a remuneração por taxa ou tarifa, etc.[77] É esse inconveniente – de se ter um conceito muito amplo, mas se analisar o regime jurídico de apenas parte das atividades dele integrantes – que, por razões metodológicas, buscamos evitar.

O conceito acima proposto pode ser decomposto em seus vários elementos.[78] Vejamos:

- "prestação": beneficia diretamente os indivíduos, em contraposição à polícia administrativa, que restringe a esfera jurídica dos indivíduos por ela atingidos e apenas mediatamente beneficia os outros membros da coletividade.

[76] De maneira similar, apenas sem distinguir os serviços universais dos específicos, conceitua Floriano de Azevedo Marques Neto: "Em sentido estrito, pode-se conceber serviço público como as atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "A Nova Regulação dos Serviços Públicos", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Ed. Renovar, vol. 228, 2002, p. 18).

[77] Exemplo desta postura, muito comum no Brasil e alhures, pode ser visto em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003.

[78] Nessa passagem os serviços públicos serão comparados com outras atividades estatais, distinções que também merecerão abordagem específica.

Por esse fator os serviços públicos distanciam-se também do fomento, em que o Estado não atua em prol da coletividade, mas apenas apóia iniciativas sociais ou econômicas privadas que podem trazer benefícios coletivos. Distinguem-se igualmente da atividade jurídica da Administração Pública, ainda que em favor dos administrados, em razão dela ser desvestida de natureza econômica. Diferenciam-se ainda dos serviços *uti universi*, que não têm os seus destinatários/consumidores finais identificados;

- "de utilidades econômicas": Como ensina EROS ROBERTO GRAU, "inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira. Podemos afirmar que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí por que serviço público é um tipo de atividade econômica.[79] (...) No que concerne ao art. 170, *caput*, a ordem econômica pressupõe o exercício de atividade econômica enquanto gênero. O que afirma o preceito é que toda a atividade econômica, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc."[80]

  Faríamos, com ODETE MEDAUAR, apenas uma ressalva, no sentido de que os princípios da ordem econômica devem ser aplicados aos serviços públicos, mas quando isso for possível, ou seja, no que coube: "Alguns preceitos contidos no art. 170 destinados a nortear a atividade econômica não se aplicam aos

[79] "A questão do serviço público apresenta uma faceta econômica, na medida em que envolve uma alocação de recursos materiais (escassos) para satisfação de certas necessidades humanas. Como esses recursos materiais comportam diferentes destinações, impõe-se escolher um destino para eles, dentre os diversos possíveis. Considerando o tema sob o prisma da opção por uma certa destinação para os recursos materiais, tem de reconhecer-se que o serviço público apresenta uma manifestação de cunho econômico. Aliás, sob esse enfoque não há maior diferença entre serviço público e atividade econômica. Em todos os casos, encontra-se diante da relação entre recursos materiais escassos e fins potencialmente excludentes entre si a satisfazer" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das Concessões de Serviço Público,* Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 19).

[80] GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público, **in** *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 250-251. "Daí por que a preservação dos vínculos sociais e a promoção da coesão social pelo Estado assumem enorme relevância no Brasil, a ele incumbindo a responsabilidade pela provisão, à sociedade, como serviço público, de todas as parcelas da atividade econômica em sentido amplo que sejam tidas como indispensáveis à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social" (ob. cit., p. 259).

serviços públicos. É o caso da livre iniciativa, por exemplo; não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pela livre iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do poder público. Também é impensável aplicar ao serviço público o preceito do parágrafo único do art. 170 (possibilidade de condicionamento do exercício de atividade econômica à prévia autorização administrativa), porquanto todos os serviços públicos prestados por particulares devem sê-lo mediante titulação, na qual está subentendido o consentimento do Poder Público".[81]

EGON BOCKMANN MOREIRA também afirma que "não se dá a incidência do princípio da subsidiariedade no setor dos serviços públicos, cuja definição constitucional – "Incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos" (art. 175) – torna inversa a relação. O serviço público é reservado de forma primária ao Estado, podendo ser concedido o seu exercício aos particulares. Não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas). Nem tampouco se poderia cogitar de o Estado 'intervir' num setor que lhe é próprio. Quanto aos serviços públicos, o Estado tem o dever de sempre atuar (de forma direta ou indireta), pois sua racionalidade exige a prestação pública contínua e adequada".[82]

- "a indivíduos determinados": exclui, por extrema diversidade de regimes jurídicos, os serviços *uti universi*;

[81] MEDAUAR, Odete. *Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral,* **in** *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría,* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 125. A assertiva parece pressupor no art. 175 a *publicatio* da atividade considerada serviço público. Quanto à aplicabilidade do princípio da livre iniciativa aos serviços públicos, concordamos com a autora no sentido de que a *publicatio* realmente retira a atividade do seio da livre iniciativa. Eros Roberto Grau afirma que todas as atividades econômicas *lato sensu*, inclusive os serviços públicos, se fundam nos termos do art. 170 da Constituição na valorização do trabalho e na livre iniciativa, mas "não quer isso, naturalmente, significar que o serviço público seja de livre iniciativa – ou seja de iniciativa da empresa privada – mas sim que, na sua prestação, deve, aí também, o Estado, não opor empecilho à liberdade humana, no quanto seja socialmente prezável" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988,* 4ª. ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1998, pp. 228-229). Em outras palavras, as empresas privadas não têm o direito de prestar serviços públicos, mas uma vez que a elas seja delegado o exercício de algum deles, deve ser respeitada a iniciativa privada que, dentro do marco regulatório, possuem para alcançar os seus objetivos.

[82] MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata, **in** *Estudos de Direito Econômico* (CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann), Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2004, p. 93.

- "colocadas pela Constituição ou pela Lei": não há de se falar em criação de serviço público, mormente quando reserva a titularidade de atividade econômica *lato sensu* ao Estado, sem esteio na Constituição, ainda que em suas normas programáticas (hipótese admissível apenas para os serviços públicos sociais, por não serem reservados ao Estado), ou em leis formais, mas jamais por iniciativa da própria Administração Pública que *de per se* retire setores de atividades econômicas da iniciativa privada. Da mesma forma, ao contrário do que preconizava DUGUIT, não há de se falar em serviço público, por mais essencial que seja para a coletividade, apenas em razão da "natureza das coisas", da sua importância para o liame social, sendo imprescindível, além desse dado, o reconhecimento pelo direito positivo da responsabilidade do Estado pela atividade;

- "a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade": O importante no conceito de serviço público proposto não é a titularidade exclusiva do Estado sobre a atividade, com a conseqüente retirada da atividade da esfera de atuação da livre iniciativa privada, o que, todavia, muitas vezes se verifica.[83]

  O importante para o conceito é a responsabilidade do Estado sobre a atividade, a sua obrigação em prestá-la, com ou sem exclusão da atuação por direito próprio dos empresários privados, sujeitos, no máximo, nessa hipótese, à autorização administrativa.[84]

  Em relação aos serviços públicos que não são objeto de *publicatio*, a Constituição assegura a atuação também da iniciativa privada: saúde (art. 199 – "são livres à atividade privada"), educação (art. 209), assistência social (art. 204, I, *in fine*, e II, que se referem à prestação da atividade pelo Terceiro

[83] Os serviços públicos reservados ao Estado (*publicatio*) são, por excelência, os serviços públicos econômicos, tal como regulados no art. 175. O fato da atividade estar reservada à titularidade estatal (*publicatio*) não quer dizer que o seu prestador deva ser único. A unicidade de titular (o Estado) não corresponde necessariamente à exclusividade de prestador, uma vez que o titular exclusivo pode outorgar o seu exercício a diversos concessionários, conjuntamente com a prestação pelo próprio Estado, ou não. Sobre o tema, ver também GORRITI, Silbia Sarasola. *La Concesión de Servicios Públicos Municipales: Estudio Especial de las Potestades de Intervención,* IVAP, Oñati, 2003, p. 23.

[84] "Em princípio, poder-se-ia pensar que o titular exclusivo dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais a Constituição não lhe conferiu exclusividade, pois, conquanto as tenha colocado a seu cargo, simultaneamente deixou-as liberadas à iniciativa privada" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil*, **in** *Direito do Estado: novos rumos*, Tomo 2 [Direito Administrativo], Ed. Max Limonad, São Paulo, p. 30)

Setor) e previdência social (art. 202, que se refere à atuação "complementar" da iniciativa privada).

O fato de a Constituição assegurar expressamente a possibilidade de atuação da iniciativa privada nesses serviços, não quer dizer, naturalmente, que ela esteja vedada em outros serviços públicos sociais ou mais especificamente culturais, como a cultura, o lazer e a pesquisa. A Constituição só foi expressa em relação a atividades sociais a respeito das quais historicamente já se discutiu quanto à necessidade de estatização. Naquelas outras atividades sociais, ao revés, sempre prevaleceu a idéia de que, quanto mais pessoas as prestassem, mais atendido estaria o interesse público;

- "desempenhadas diretamente pelo Estado ou por seus delegatários": "É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar a outorga a terceiros, pois quem o desempenhar prescinde dela para o exercício da atividade em questão".[85] Classicamente, apenas em relação aos serviços reservados ao Estado (serviços públicos econômicos) pode ser cogitada a prestação pela iniciativa privada em regime de delegação. Já em relação aos serviços não reservados (serviços públicos sociais) a delegação é, em princípio,[86] despicienda;

- "gratuita ou remuneradamente": os serviços que estiverem delegados à iniciativa privada devem, salvo quando subsidiados ou pagos diretamente pelo Estado ser remunerados pelos usuários, já que a delegação pressupõe a lucratividade da atividade. [87]

Os serviços não delegados à iniciativa privada, sejam os serviços públicos sociais, que nem teriam como ser delegados por não serem reservados ao Estado, (ex., um teatro do Estado); sejam serviços públicos econômicos, reservados ao Estado, mas que o Estado preferiu prestar diretamente, podem

[85] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil", **in** *Direito do Estado: novos rumos* [org. Paulo Modesto], Tomo 2 [Direito Administrativo], Ed. Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 31-32.

[86] Essa é a afirmação tradicional, que, no entanto, relativizamos em razão de algumas experiências de Parcerias Público-Privadas – PPPs, que parecem tornar cogitável a delegação à iniciativa privada de serviços não exclusivos do Estado, sendo por ele total ou parcialmente remunerados.

[87] No caso dos serviços delegados à iniciativa privada a remuneração dos usuários pode, excepcionalmente, até não cobrir todos os seus custos, desde que haja receitas ancilares ou alguma espécie de subsídio por parte do Poder Concedente, hipótese por si bastante polêmica.

ser remunerados integral ou parcialmente pelos usuários, ou serem arcados exclusivamente pelo Estado.

- "com vistas ao bem-estar da coletividade"[88] – o serviço público tem que visar imediatamente o interesse público primário, ou seja, a melhoria das condições sociais e econômicas da sociedade, não interesse público secundário, de fortalecimento dos interesses fiscais e estratégicos do Estado, casos em que estaremos mais próximos do conceito de atividade econômica monopolizada.

  É muito comum a associação entre o interesse coletivo a ser atendido pelos serviços públicos e a preservação da dignidade da pessoa humana (art. 1º., III, CF), o que, na grande maioria das vezes, realmente procede. Há, contudo, alguns serviços públicos mais ligados à infra-estrutura (ex., fornecimento de energia elétrica a grandes indústrias, transporte hidroviário de minério), cujo liame com a dignidade da pessoa humana é apenas indireto, como decorrência do desenvolvimento da sociedade como um todo.[89] Por isso preferimos adotar, no conceito proposto, o termo mais genérico de "bem-estar da coletividade", ao invés de "dignidade da pessoa humana", associável diretamente apenas às pessoas físicas.[90]

Aprofundaremos um pouco mais a delimitação do nosso conceito de serviços públicos ao confrontá-los, no Tópico que segue, com institutos e atividades com os quais podem guardar algumas semelhanças. As diferenças servirão para individualizar melhor os institutos pelos contrastes recíprocos.

---

[88] "Naturalmente que todo segmento da atividade econômica tem transcendência para o sistema como um todo, sendo às vezes difícil graduar-lhes a importância, sendo que a sua dimensão coletiva justifica alguns poderes de intervenção, controle e supervisão administrativa. Mas em determinados casos essa importância alcança um valor nevrálgico, não tanto pelo montante do faturamento ou pela percentagem do PIB que possa representar, mas sim pelo seu caráter de conquista alcançada pelo desenvolvimento da sociedade (educação básica para todos, energia elétrica residencial, meios de transporte motorizados...), cuja fornecimento é assegurado pelo Poder Público" (SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Infraestructuras en Red y Liberalización de Servicios Públicos,* INAP, Madrid, 2003, p. 68).

[89] "Esta produção em que o objeto produzido prevalece sobre o valor obtido pode ser inclusive produção de bens destinados à indústria e ao comércio" (DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na Produção Econômica*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, p. 196).

[90] "A dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano" (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 2ª. ed., 2002, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 27).

5 – INSTITUTOS AFINS.

Os serviços públicos constituem meio de satisfação de necessidades coletivas que, como expõe JORGE H. SARMIENTO GARCÍA, calcado em MIGUEL S. MARIENHOFF, *"são satisfeitas através de prestações materiais, em espécie, periódicas e sistemáticas".*[91] Examinemos um pouco mais detidamente essa assertiva:

> 1) Nos serviços públicos a prestação é de caráter material, constituída pela realização de um serviço ou pelo uso de um meio técnico, como o fornecimento de energia ou de água potável, utilização de telefone, envio de uma correspondência, etc. Por um lado, então, deve se tratar da "prestação de uma atividade, ou seja, que se constitua no desenvolver de um comportamento contínuo, que se apresenta como uma fluência, seguidamente disponibilizado e não como uma obra, um produto no qual se haja cristalizado dada atividade, como fruto acabado dela".[92] Por outro lado, a materialidade da prestação é tomada em "contraposição à atividade nucleada na produção de atos jurídicos administrativos (...) Então, por dizer essencialmente com uma atividade material, ao contrário do Poder de Polícia, o serviço público não se substancia em atividade jurídica, embora, como é óbvio, seja juridicamente regulado e sua efetivação pressuponha a prática de atos administrativos";[93]
>
> 2) prestações em espécie, ou seja, em atividades ou em bens,[94] não em dinheiro, com o que a atividade seria melhor qualificada como de fomento social,[95] não como um serviço;

---

[91] GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. Noción y Elementos del Servicio Público, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* (coord. Marta González de Aguirre), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 17, grifamos.

[92] GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. Noción y Elementos del Servicio Público, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* (coord. Marta González de Aguirre), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 17. Igualmente, CASETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*, Ed. Giuffrè, Milão, 2000, p. 605. O STF já ementou: "Taxa de conservação das redes de água e esgoto. Distinção entre obra pública e serviço público. A obra pública, sendo execução material de um projeto, é limitada no tempo, enquanto o serviço público tem caráter de continuidade. A obra pública agrega valor aos imóveis por ela beneficiados; os serviços públicos, conquanto os beneficiem, não produzem uma integração de valor. Conservação de redes de água e esgoto é serviço público, e não obra pública" (RE 115.561-1-SP, Rel. Min. Carlos Madeira).

[93] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. "Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil", **in** *Direito do Estado: novos rumos* [org. Paulo Modesto], Tomo 2 [Direito Administrativo], Ed. Max Limonad, São Paulo, 2001, pp. 21-23.

[94] Na economia atual "desaparece a distinção entre o setor industrial e o setor de serviços. Na transição para a sociedade da informação, não se cria nenhum novo setor produtivo. Antes ao contrário, o aumento da produtividade que depende do conhecimento penetra e transforma todos os setores de produção – agricultura, indústria e serviços – e dissolve a distinção entre 'bens' e 'serviços'. Tudo o que se diz sobre a 'sociedade pós-industrial' ou a 'sociedade de serviços' se torna um mito tão insustentável como a antiga distinção entre setores primário, secundário e

3) as prestações devem ser periódicas e sistemáticas, de maneira que a sua oferta deve ter certo caráter de permanência no tempo e de sistematização. É por isso que, por exemplo, a atuação das forças armadas em favor da população em um momento de enchente (transportando pessoas, fornecendo alimentos, etc.) não pode ser tecnicamente considerada serviço público; e

4) por fim, a prestação deve ser "ao público", ou seja, dirigida diretamente aos membros da coletividade, de maneira que não podem ser considerados serviços públicos aqueles que a Administração presta a si mesma, como os serviços internos financeiros, de transporte de seu pessoal, de aperfeiçoamento dos funcionários, de consultoria interna, etc.[96]

Também por essa razão não podem ser considerados públicos os serviços que não se destinam ao público, mas sim a um grupo circunscrito de pessoas (ex., os serviços de telecomunicações prestados apenas para a comunicação entre os empregados de determinada empresa, a energia elétrica autoproduzida, etc.).[97] Naturalmente que, ainda mais em países do Terceiro Mundo, poucos serviços públicos são prestados a todos os membros da sociedade, mas o importante, para que o requisito conceitual seja atendido, é que esteja em tese aberto republicanamente à população em geral, na medida, naturalmente, das possibilidades técnicas e econômicas d estágio em que a universalização do serviço se encontrar.

Algumas das figuras que passaremos a analisar são pacificamente apartadas da noção de serviço público, outras são, por parte da doutrina, consideradas como espécies de serviços públicos. Para o conceito restrito de

---

terciário. Quem pretender interpretar a dinâmica da economia da informação sob o ponto de vista das classificações do antigo paradigma laboral subestima o seu potencial autenticamente revolucionário, constituído pela possibilidade de comunicação direta *on line* entre diversos tipos de atividade: desenvolvimento, produção, gestão, aplicação, distribuição. Há a dissolução do antigo paradigma territorializado da sociedade industrial. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, existe uma multiplicação de opções que exige decisões e requer um certo esforço de padronização" (BECK, Ulrich. *La Sociedad Del Riesgo Global* [trad. Jesús Alborés Rey], Siglo Veinteuno de España Editores, Madrid, 2002, pp. 179-80).

[95] Alguns autores em um apuro conceitual preferem chamar tais atividades estatais de "atividade assistencial pública", uma vez que, ao contrário das atividades de fomento, satisfazem imediatamente à finalidade pública visada, não sendo instrumentais e auxiliares de atividades privadas como o fomento (RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas Públicas: Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado,* Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 134-135).

[96] URRUTIGOITY, Javier. *Retribuición en los Servicios Públicos*, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* [coord. Marta González de Aguirre], Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 65; GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Noción y Elementos del Servicio Público*, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* (coord. Marta González de Aguirre), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 17.

[97] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil”, **in** *Direito do Estado: novos rumos* [org. Paulo Modesto], Tomo 2 [Direito Administrativo], Ed. Max Limonad, São Paulo, 2001, p. 23.

serviços públicos que adotamos, será fundamental o confronto comparativo com algumas dessas figuras.[98]

5.1 – FUNÇÕES PÚBLICAS E PODER DE POLÍCIA.

O conceito de serviço público contempla apenas as atividades especificamente prestacionais do Estado, pelas quais o Poder Público proporciona aos indivíduos a satisfação de alguma das suas necessidades, excluindo as atividades que visam ao público apenas mediatamente e ao Estado (ou a coletividade indistintamente considerada) imediatamente, como a segurança nacional e a diplomacia,[99] assim como as atividades que, ao invés de concederem utilidades aos particulares, restringem o seu âmbito de atuação, "não apenas para proteger a segurança, a moralidade e a saúde públicas, como também para promover o bem-estar geral da população" (poder de polícia administrativa).[100]

A distinção entre serviço público, de um lado, e, de outro, as funções públicas, gênero do qual a polícia administrativa constitui espécie, remonta à distinção muito divulgada por ORLANDO entre atividade jurídica e atividade social do Estado: *"O Estado desenvolve a atividade jurídica ou de polícia para prevenir os danos sociais e assegurar a paz e a ordem pública. Seu efeito é a limitação dos direitos individuais, razão pela qual se manifesta como uma relação jurídica entre soberano e súdito. Esse tipo de atividade não pode ser exercida pela iniciativa privada. Ao revés, a atividade social do Estado dá lugar a um tipo de relações entre a Administração Pública e o administrado, cuja base costuma estar na liberdade do cidadão. Nessas atividades, o Estado não se apresenta mandando, mas sim estabelecendo e prestando serviços".*[101]

Observa MARÇAL JUSTEN FILHO que *"até se pode afirmar que as competências estatais mais basilares não são reconhecidas como 'serviço público'. Na esteira do pensamento italiano, reputa-se que certas atuações estatais envolvem manifestação inerente de competências políticas, tal como se passa com as funções legislativa e jurisdicional. Somente se poderia considerar tais atividades como serviço*

---

[98] Alguns dos institutos que serão abordados já foram mencionados ao longo do trabalho de maneira meramente instrumental à elaboração do conceito de serviço público. No presente Tópico, todavia, alguns institutos que consideramos de maior importância dogmática serão objeto de análise específica.

[99] Quanto a tais atividades, Julio Rodolfo Comadira afirma que, apesar de genericamente poderem ser consideradas serviços públicos, "têm a sua origem muito antes do constitucionalismo (Justiça, Defesa, Relações Exteriores...), mas a sua prestação estava na realidade desprovida de qualquer significação prestacional, pois se tratava mais de atender as necessidades do aparato estatal do que proporcionar utilidades aos súditos" (COMADIRA, Julio Rodolfo. "El Servicio Público como Título Jurídico Exorbitante", **in** *Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A & C*, vol. 19, 2004, p. 84).

[100] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 121. No Direito Alemão considera-se que há três modalidades de intervenção do Estado para cumprir a sua missão: a administração ordenadora (*ordenungsverwaltung*), a administração prestadora (*leistungsverwaltung*) e administração de orientação (*lenkungsverwaltung*) (cf. JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 138).

[101] FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho Administrativo,* vol. II, 10ª. ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 119.

público se a expressão fosse aplicada em sentido amplíssimo".[102] *"A maior parte das notas que os franceses aplicam ao seu conceito de serviço público o são às funções, e o erro deles está em querer ampliá-las aos verdadeiros serviços, que se desenvolvem nos campos econômico e social".*[103]

Não estão incluídas, portanto, no conceito de serviço público as funções públicas soberanas, indelegáveis, como a defesa nacional, a diplomacia, a tributação, o poder de polícia administrativa, etc.

Como expõem GEORGE VEDEL e PIERRE DEVOLVÉ, *"polícia e serviço público se diferenciam pelo dado de que aquela se exerce mediante prescrições, e este por prestações. Naquele caso, o Estado regulamenta atividades privadas, enquanto que no segundo ele toma a si próprio o encargo de satisfazer uma necessidade".*[104] *"Tanto o serviço público, como o poder de polícia são títulos justificativos idôneos para a intervenção do Estado na atividade econômica. Mas, enquanto o primeiro pressupõe a titularidade da competência (denominada de publicatio) por parte da Administração Pública, o poder de polícia regula mediante normas gerais o exercício de atividades realizadas por particulares em razão do direito constitucional de iniciativa privada".*[105]

NELSON JOBIM encampa a distinção entre funções públicas e serviços públicos, ao classificar as competências do Estado brasileiro previstas no Título III da Constituição ("Organização Político-Adminstrativa do Estado") nas seguintes categorias: *"funções exclusivas, tais como manter relações com Estados estrangeiros, declarar a guerra ou celebrar a paz, emitir moeda, elaborar e executar planos de ordenação do território nacional e de desenvolvimento econômico e social, organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público, etc. (CF de 1988: art. 21, I, II, VII, IX, XIII,…). Essas são tarefas típicas do Estado, Entretanto, neste mesmo Capítulo estão elencadas tarefas que podem ser realizadas, quer pelo setor público, quer pelo segmento privado da sociedade. Neste mesmo campo de atuação estão reservadas as tarefas que*

---

[102] JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das Concessões de Serviço Público,* Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 21.

[103] TREVIJANO, García, *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, na obra *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 116. Mônica Spezia Justen assinala que, "como conseqüência da movimentação doutrinária no sentido de uma concepção objetiva de serviço público forjou-se, no direito italiano, a separação entre 'função pública' e 'serviço público'. Essa divisão parece ter sido uma necessidade para a qualificação técnico-jurídica das atividades da Administração Pública. De modo genérico, difundiu-se que a 'função pública' compreenderia todo tipo de atividade jurídica, autoritativa, inerente à soberania do Estado, tais como a polícia e a diplomacia, destinada a satisfazer os interesses da coletividade no seu conjunto. A função pública seria a expressão do poder administrativo. Por serviço público, entendeu-se uma atividade social, imputável, direta ou indiretamente, ao Estado ou a um Ente público, caracterizada pela prestação técnica ou material em favor dos cidadãos (segundo alguns, singularmente considerados)" (JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 87). Para uma crítica da distinção, ver TESAURO, Alfonso. *Istituzioni di Diritto Pubblico,* vol. 2, Torinense, Torino, 1961, p. 104 e segs. O autor, por exemplo, afirma que os serviços públicos reservados ao Estado não prescindem da *puissance publique*, e que toda atividade administrativa é, ao mesmo tempo, social e jurídica, e que muitas vezes as ditas funções públicas também terão caráter material, como, por exemplo, a defesa nacional (cf. JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. cit.).

[104] DEVOLVÉ, Pierre e VEDEL, George. *Droit Administratif,* Tomo II, 12ª. ed., Presses Universitaires de France – PUF, Paris, 1992, p. 684.

[105] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 116.

o Estado exerce por si ou delega ao setor privado através do regime de concessões. Neste caso a realização ocorre de forma direta pelo próprio Estado, ou concedida de forma exclusiva ao setor privado, ou como terceira hipótese, praticadas concomitantemente por ambos. Neste caso se encontram o serviço postal, os serviços de radiodifusão, os de energia elétrica, ... (CF de 1988: art. 21, X, XI, XII, 'a', 'b', 'c', 'd', 'e', 'f',…). Mas existe uma terceira categoria de atuação do Estado, que transcende às tarefas típicas e exclusivas, bem como daqueles serviços prestados sob a forma de concessão ou diretamente, que é quando exerce atividades no campo empresarial, quer sob o regime de monopólio, quer quando o Estado adentra o campo direto da exploração de atividade econômica (art. 173 da Constituição Federal)".[106]

5.2 – SERVIÇOS *UTI UNIVERSI*.

A inclusão dos serviços *uti universi* (prestados a todos os membros da coletividade de forma indistinta, inespecífica e indivisível – ex., iluminação pública, segurança pública, arquivos públicos, etc.) e dos serviços *uti singuli* (nos os beneficiários e as quantidades usufruídas da utilidade são determináveis) no mesmo conceito, apesar de essa ser a tradição da doutrina brasileira, sofre o óbice de não identificar pontos comuns em seus respectivos regimes jurídicos.[107]

Fácil de ver *"que não se está aqui a exaltar uma mera exigência analítica de dissociar apenas para separar. A forma como as categorias são denominadas pelo intérprete é secundária. A necessidade de distinção não surge em razão da existência de diversas denominações para numerosas categorias. Ela decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos. Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto. A dogmática constitucional deve buscar a clareza também porque ela proporciona maiores meios de controle da atividade estatal".*[108]

A única coisa que os serviços *uti universi* e os serviços *uti singulii* têm em comum em termos de regime jurídico é a possibilidade de serem exigidos compulsoriamente do Estado no caso de sua omissão.[109] Mas isso, na verdade, é

---

[106] JOBIM, Nelson. *O Mercado Segurador Brasileiro*, artigo do autor citado no voto por ele proferido no Recurso Extraordinário nº. 220.906-9-DF.

[107] Também excluindo os serviços *uti universi* do conceito de serviço público, SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público,* Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, pp. 81-82.

[108] ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos,* Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 17. Devemos também lembrar a advertência de que "os juristas devem evitar assimilar as categorias jurídicas às 'coisas em si', em relação às quais o Direito é indiferente" (cf. COLLET, Martin. *Le Contrôle Juridictionnel des Actes des Autorités Administratives Indépendantes,* LGDJ, Paris, 2003, pp. 29-30).

[109] Na doutrina tradicional uma das principais diferenças que eram colocadas entre os serviços *uti universi* e os *uti singuli* era a possibilidade de apenas estes poderem ser exigidos judicialmente (*v. g.,* MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª. ed., Ed. Malheiros, 1998, p. 288). A assertiva continua a ser verdadeira, mas desde que seja frisado estarem sendo consideradas apenas as pretensões de exercício de direitos subjetivos individuais, já que, realmente, só os serviços *uti singuli* têm liame com um indivíduo determinado. Ocorre, contudo, que o processo civil se coletivizou, e também os serviços *uti universi* podem, em tese, ser exigidos

uma característica de toda atividade estatal que seja essencial para a coletividade, seja ela estritamente prestacional ou não (p. ex., se o Estado deixasse de exercer as suas funções diplomáticas, de defesa nacional ou de fiscalização seria cabível uma ação civil pública para obrigá-lo a retomá-la).

Igualmente, o fato de ambos constituírem deveres do Estado em relação à coletividade não pode ser considerado determinante, porque se assim fosse todas as atividades estatais seriam serviços públicos. A segurança nacional através das forças armadas, por exemplo, é um dever primordial de qualquer Estado para com a sua sociedade.

A exteriorização através de atividades materiais, o que ocorre tanto nos serviços *uti universi*, como nos serviços *uti singulii*, também é pouco para colocá-los sob o mesmo conceito, já que a semelhança, meramente material, de ambos pouco se reflete em semelhança de regimes jurídicos (financiamento primordial por impostos *X* taxas ou tarifas, possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor *X* sua inaplicabilidade, delegabilidade *X* indelegabilidade, etc.).

Como afirma BENJAMIN VILLEGAS BASAVILBASO,[110] nos serviços *uti universi* *"sequer existe usuário propriamente dito, sendo o Estado quem os utiliza diretamente, para benefício da coletividade". É por isso que JORGE H. SARMIENTO GARCÍA afirma que "a prestação deve constituir o objeto essencial de uma relação jurídica concreta com um usuário, o que significa que a noção de serviço público deve se limitar àquelas atividades destinadas a proporcionar atividades específicas a determinados habitantes (usuários), já que só nesses casos a atividade se configura como uma prestação em sentido técnico, ou seja, uma atividade que um sujeito deve efetuar em benefício de outro, a quem se dispensa uma utilidade concreta em razão de uma relação jurídica de natureza obrigatória existente entre ambos. Portanto, não são serviços públicos aquelas atividades que, como a defesa nacional, ainda que traduzam benefícios para os cidadãos, não constituam o objeto de uma concreta relação jurídica, como ocorre nos serviços de telefone, gás, etc."*[111]

Ademais, a indivisibilidade e a inespecificidade dos serviços *uti universi* os identificam com as demais atividades não-prestacionais do Estado, já que também nessas há benefícios para a coletividade em geral incapazes de serem mensurados e identificados os seus concretos beneficiários. Por exemplo, poder-se-ia dizer que, quando o Estado, através do poder de polícia, evita que um particular polua um rio, presta um serviço à coletividade, no sentido de que beneficia todos aqueles que seriam prejudicados pela poluição, e aí mais uma vez voltaríamos ao indesejável conceito amplíssimo de serviços públicos.

---

judicialmente, mas através dos instrumentos processuais de tutela de interesses coletivos e difusos. Ver LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, Ed. RT, São Paulo, 2003.

[110] BASAVILBASO, Benjamin Villegas. *Derecho Administrativo*, Tomo III, Primeira Parte, Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 57.

[111] GARCÍA, Jorge H. Sarmiento. *Noción y Elementos del Servicio Público*, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* (coord. Marta González de Aguirre), Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 17.

Não é por outra razão que DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI entende que os serviços *uti universi "avizinham-se do conceito da função pública, ou seja, como atividade própria e exclusiva do Estado"*.[112] Com efeito, se não se pode chegar a dizer que as funções públicas são todas serviços *uti universi*, devemos admitir pelo menos que esses constituem uma categoria bem significativa entre as funções públicas.

CAIO TÁCITO, citando CINO VITTA, afirma que *"são entre nós chamadas de funções públicas aquelas atividades que são destinadas ao benefício da coletividade indistintamente considerada, ou seja, dos cidadãos considerados mais uti universi que uti singuli"*.[113]

O grande precursor e inspirador da exclusão dos serviços *uti universi* do conceito de serviço público foi RENATO ALESSI,[114] autor de enorme influência na doutrina brasileira, talvez mais que em seu país natal, que, partindo da figura das "prestações administrativas", sustentou uma recíproca limitação conceitual entre elas e os serviços públicos: só pode ser serviço público se for uma prestação administrativa e vice-versa.

Parte do pressuposto de que os serviços públicos constituem relações jurídicas que só existem nas prestações *uti singuli,* já que, nos serviços *uti universi*, não é possível a identificação dos sujeitos integrantes da relação (que membros da coletividade se beneficiam do serviço?) e o seu exato objeto (em que proporção se beneficiam?).

Vejamos em suas próprias palavras: *"Devem ser excluídas do conceito de serviço público as atividades que, malgrado voltadas a beneficiar genericamente os cidadãos, não têm como conteúdo uma prestação em sentido próprio, em sentido técnico. Devem ser excluídas, assim, todas aquelas atividades que traduzem apenas uma vantagem oferecida e usufruída pelos cidadãos enquanto membros da coletividade. Ou seja, nos referimos àquelas atividades uti universi, como, por exemplo, as atividades voltadas a garantir a segurança interna e externa; o serviço de iluminação dos logradouros públicos, etc. Isso porque o desenvolvimento por parte da Administração Pública de tais atividades é insuscetível de gerar qualquer relação jurídica concreta entre o Estado e os cidadãos que de fato vierem a delas se beneficiar. Não se pode, portanto, conferir a essas atividades o caráter de prestação em sentido técnico, o que só é possível em relação àquelas atividades pessoais que sejam o objeto de uma relação jurídica obrigacional concreta".*[115]

---

[112] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, em *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 110.

[113] TÁCITO, Caio. "A Configuração Jurídica do Serviço Público", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 233, 2003, p. 376.

[114] ALESSI, Renato. *Le Prestazioni Amministrative Rese ai Privati*, Giuffrè, Milano, 1946.

[115] ALESSI, Renato. *Le Prestazioni Amministrative Rese ai Privati*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 33, grifos do original. "A outra corrente, representada por Zanobini, define que o serviço público é qualquer prestação de utilidade realizada por um ente público dirigida tanto aos cidadãos genericamente considerados, *uti universi,* como aos singularmente considerados, *uti singuli.* Segundo explica Zanobini, em ambas as situações se constata a fruição de um serviço prestado pelo Estado ou outro ente público, seja a uma pessoa específica ou a um grupo indeterminado. A característica da atividade de utilidade prestada *uti universi* é a dificuldade de distinguir a 'quantidade' fruída por cada cidadão. Um exemplo clássico dessa modalidade é a iluminação de

Sendo assim, com base nas premissas metodológicas acima colocadas em relação à formulação de conceitos jurídicos, não parece ser adequada, salvo se apenas por tradição,[116] a inclusão dos serviços *uti universi* no conceito de serviços públicos,[117] que abrangeria, então, apenas os serviços *uti singuli* do Estado, sejam eles exclusivos (vedados à iniciativa privada, salvo delegação) ou não.

Esses sim, apesar de distintos (sujeitos a concessão ou não, impossibilidade de a livre iniciativa exercer a atividade livremente, entre outras diferenças), possuem em seus regimes jurídicos pontos em comum suficientemente relevantes para serem colocados no mesmo conceito, como a remuneração poder ser feita por tarifa ou taxa, haver direitos subjetivos individuais à sua prestação, aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, possibilidade de concorrência, etc.

5.3 – FOMENTO.

Para JORDANA DE POZAS, conhecido classicamente como o propositor da tríplice classificação das atividades administrativas em poder de polícia, serviços públicos e fomento, *"este se distingue da polícia porque, enquanto a polícia administrativa previne e reprime, o ele protege e promove, sem fazer uso da coação; e se distingue do serviço público, em que a Administração Pública realiza de maneira imediata e com os seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que o fomento se limita a estimular os particulares a que, eles próprios, voluntariamente, desenvolvam atividades econômicas que cumpram as finalidades da Administração".*[118]

DANIEL EDGARDO MALJAR prefere a perspectiva de DIEZ, para quem *"a diferença fundamental está em que o serviço público implica em uma prestação obrigatória a cargo do Estado, quer a realize direta ou indiretamente, constituindo, conseqüentemente, uma obrigação de fazer. Ao revés, o fomento não é de caráter*

---

vias públicas" (JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 83).

[116] "O fenômeno posto em evidência consiste na invocação de conceitos e princípios tradicionais, aceitos por força de inércia perante o peso da tradição. Outras vezes, todavia, e a distinção entre essas hipóteses nem sempre é fácil, em vez de uma adesão comodista ou arbitrária, mas sempre acrítica, a dogmas feitos, a invocação de tais subsídios, na hermenêutica, na criação ou na aplicação do direito, esconde uma opção por interesses bem determinados, oculta, assim, atrás de um cripto-argumento, por força da consciência da debilidade das razões substanciais da solução que se quer consagrar ou por prurido metodológico que não dispensa o credenciar-se uma solução com um conceito de velha linhagem. Seja qual for o móbil do recurso ao cripto-argumento, sempre se fia do temor reverencial que inspira o dogma o efeito persuasivo que precede a consagração duma solução jurídica. Apresentar-se-á, então, uma tese apoiada em razões que não são as que provocaram a sua formulação e a forma como ela é proposta, como convicção emergente de certa base argumentativa, não reflecte o movimento de pensamento que lhe deu origem" (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da Posição Contratual,* Atlântida Editorial, Coimbra, 1970, pp. 21-22).

[117] É muito mais apropriada, como visto, a inclusão dos serviços *uti universi* como espécie de função pública.

[118] POZAS, Luis Jordana de. "Ensayo de uma Teoría General del Fomento en el Derecho Administrativo", **in** *Estudios de Administración local y general*. Homenaje al Profesor Jordana de Pozas, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1961, p. 42.

obrigatório para o Estado, mas a sua realização traz sempre consigo uma obrigação de dar. Não há dúvidas que na atividade de fomento, quando, por exemplo, a Administração Pública confere uma subvenção a uma indústria privada, é o particular quem, colaborando com a Administração Pública, contribui para a satisfação das necessidades gerais. Daí se dizer que se trata de uma atividade indireta, precisamente porque não é prestada pela Administração Pública, mas sim pelo particular por ela apoiado".[119]

Na doutrina brasileira, CÉLIA CUNHA MELLO afirma que *"o sujeito competente para fomentar não realiza diretamente nenhum ato para melhorar ou desenvolver o objeto fomentado, persuade outrem. (...) No serviço público, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, na forma do disposto no art. 175, do texto constitucional, ao passo que no fomento a competência atribuída legalmente ao ente estatal se restringe a conferir a ele poderes para adotar, discricionariamente, medidas promocionais que terminam por convencer outrem a fazer ou deixar de fazer algo".*[120]

Observe-se que a nota essencial da distinção do fomento para o serviço público é que naquele a atividade permaneça sendo uma atividade privada, apenas apoiada pelo Estado. Se a subvenção estatal, aqui colocada como uma das (principais) técnicas do fomento,[121] passar a ser de tal monta que a Administração Pública de fato se substitua ao particular, então já estaremos diante da prestação da atividade pela própria Administração Pública, podendo o particular eventualmente ser caracterizado como um delegatário atípico (OSCIP's, etc.) ou um ente terceirizado.[122]

5.4 – ATIVIDADES ECONÔMICAS EXPLORADAS PELO ESTADO (EM CONCORRÊNCIA COM INICIATIVA PRIVADA E COMO MONOPÓLIO).

De acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias,[123] a Constituição de 1988 distingue claramente o serviço público da atividade econômica explorada pelo Estado, que em seu conjunto constituem as atividades econômicas *lato sensu.* [124]

---

[119] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 283.
[120] MELLO, Célia Cunha. *O Fomento da Administração Pública,* Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2003, pp. 54-56. Na doutrina nacional, ver também TRAMONTIN, Odair. *Incentivos Públicos a Empresas Privadas & Guerra Fiscal,* Ed. Juruá, Curitiba, 2002.
[121] Cf. SAINZ, Alfredo Arranz. *La Gestión de Subvenciones: Perspectiva jurídica de su concesión y disfrute*, Tribuna Libros, Madrid, 1996, pp. 13-14.
[122] Cf. ALCÁZAR, Mariano Baena del. "Sobre el Concepto de Fomento", **in** *Revista de Administración Pública,* nº. 54, Madrid, 1967, p. 76.
[123] Por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 4ª. ed., 1998, pp. 137-139.
[124] Quanto à caracterização dos serviços públicos com atividades econômicas *lato sensu*, ver o Tópico 4.2.6 supra. Na ordem econômica temos, de um lado, o art. 175 sobre os serviços públicos, e, de outro, artigos como o 173 e o 177 sobre atividades econômicas exploradas pelo Estado. Ao revés, na Espanha, por exemplo, não há dispositivo específico para os serviços públicos, que são contemplados no art. 12.2 da Constituição como monopólios do Estado. Nesse país não há, então, ao menos pela literalidade da sua Constituição, diferença entre serviço público e atividade

A atividade econômica *lato sensu* destina-se à circulação de bens e/ou serviços do produtor ao consumidor final. O serviço público é a atividade econômica *lato sensu* que o Estado toma como sua em razão da pertinência que possui com necessidades ou utilidades coletivas. Há atividades econômicas exploradas pelo Estado, em regime de monopólio ou não, que possuem, naturalmente, interesse público, mas que não são relacionadas diretamente com o bem-estar da coletividade, mas sim a razões fiscais, estratégicas ou econômicas (p. ex., o petróleo, as loterias, em alguns países o tabaco, os cassinos, etc.).

EROS ROBERTO GRAU é muito claro ao alertar *"que a mera atribuição de determinada competência atinente ao empreendimento de atividades do Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. No caso (art. 21, XXIII, CF), assim como no do art. 177 – monopólio do petróleo e do gás natural –, razões creditadas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há, pois, aí serviço público. (...) O que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social."*[125]

Em relação à atividade econômica *stricto sensu*, a Constituição estabelece *numerus clausus* o monopólio em favor da União de uma série de bens e atividades a eles correlatas, com destaque para os bens minerais, inclusive os minerais nucleares e o petróleo (arts. 20, 21, XXIII, 176 e 177).[126]

A exploração pelo Estado de outras atividades econômicas *stricto sensu*, que, além daquelas que são objeto de monopólio, são permitidas ao Estado apenas em regime de concorrência com a iniciativa privada e desde que sejam necessárias aos imperativos da segurança nacional ou ao atendimento de relevante interesse coletivo (art. 173). Vige para essas atividades o princípio da liberdade de iniciativa, que não exclui o que a doutrina espanhola chama de iniciativa econômica pública, desde que atendidos esses conceitos jurídicos indeterminados.

Uma diferença formal importante é que a prestação de atividades econômicas pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada pode ser prevista tanto na Constituição, como em leis formais,[127] desde que atendidos os conceitos jurídicos indeterminados postos no *caput* do art. 173 (segurança

econômica monopolizada pelo Estado, distinção que, nesse país, se baseia tão-somente na construção de parte da doutrina. A respeito das discussões doutrinárias existentes na Espanha sobre o tema, ver FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*, Ed. Tecnos, Madrid, 10ª. ed., 1992, pp. 329-334.

[125] GRAU, Eros Roberto. Constituição e Serviço Público, **in** *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 255, 257 e 262.

[126] Para maiores detalhes quanto ao monopólio minerário, inclusive de exploração de Petróleo, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. "As Concessões e Autorizações Petrolíferas e o Poder Normativo da ANP", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 228, 2002.

[127] Trata-se de uma reserva absoluta de lei formal. A própria lei deve prever a atividade econômica considerada relevante, não podendo haver qualquer atribuição de poder normativo para a Administração Pública para tanto. A própria lei formal deve, em si, já possuir toda a densidade normativa necessária.

nacional ou relevante interesse coletivo).[128] Já em relação aos monopólios, não há delegação do Constituinte para que o Legislador possa criar outros além dos já previstos na própria Constituição.

Na comparação entre os serviços públicos e as atividades econômicas exploradas pelo Estado há duas ordens de semelhanças simétricas.

Em primeiro lugar, temos os serviços públicos do art. 175, reservados ao Estado e conseqüentemente vedados à iniciativa privada salvo delegação, e as atividades econômicas monopolizadas, que também são reservadas ao Estado, podendo igualmente ter apenas o seu exercício delegado à iniciativa privada (arts. 176 e 177). Em segundo lugar, há os serviços públicos sociais, que o Estado presta sem excluir a iniciativa privada, e as atividades econômicas exploradas pelo Estado com base no art. 173, sem titularizar a atividade, ou seja, sem impedir que também possam ser exploradas pela iniciativa privada por direito próprio.

A diferença em ambos os casos é que os serviços públicos têm por objetivo o atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, não o interesse fiscal ou estratégico do Estado, como ocorre com as atividades econômicas *stricto sensu.*

> *"Uma coisa é a atuação empresarial do Estado, desenvolvida com objetivos de rentabilidade econômica e conforme o mercado, e outra é – ou deveria ser – a atividade 'de não-mercado' ou de serviço público. Esta se define porque, a partir dos princípios de universalidade e de igualdade que a preside, se dirige à satisfação de uma necessidade coletiva com objetivos de justiça e de solidariedade social, prevalentes, em todo caso,*

[128] **A maioria da doutrina entende que o art. 173 representa a adoção do princípio da subsidiariedade no direito econômico brasileiro, ou seja, que o Estado só pode exercer atividades econômicas fora dos casos já previstos na Constituição diante da impossibilidade da iniciativa privada explorá-la satisfatoriamente. Outros autores, contudo, questionam a assertiva, afirmando que o dispositivo utiliza conceitos jurídicos indeterminados de praticamente impossível sindicabilidade judicial, com o que o juízo sobre a sua presença ou não em determinada atividade acaba sendo de fato relegado apenas ao juízo do Legislador ordinário, a exemplo dos conceitos de relevância e urgência na edição de medidas provisórias em relação aos quais o STF já consolidou o entendimento de que não pode controlá-los. De nossa parte, entendemos que, apesar de tais conceitos realmente nem sempre permitirem o controle jurisdicional de constitucionalidade, sob pena de o Judiciário se substituir ao Legislador, há zonas de certeza negativa em que não haverá dúvidas quanto à possibilidade do controle. Para uma específica análise da aplicação do Princípio da Subsidiariedade sobre a exploração de atividades econômicas pelo Estado, admissível apenas nos casos de falha do mercado, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico,** in ***Revista dos Tribunais – RT*****, vol. 800, 2002, e RICHER, Laurent. "Service Public et Intérêt Prive",** in ***Archives de Philosophie du Droit*****, Tomo 41 – Le Privé et le Public, Ed. Sirey, Paris, 1997, p. 295.**

sobre os critérios econômicos de rentabilidade na exploração do serviço".[129]

RAMÓN PARADA também denota que a atuação econômica (*stricto sensu*) do Estado não se funda na idéia de essencialidade dos serviços, mas no mais amplo e difuso conceito de interesse público, no qual pode ser incluída qualquer atividade de produção industrial ou de serviços econômicos que, de uma forma ou outra, beneficie os habitantes de determinado local, ainda que apenas para lhes proporcionar emprego, ou mais simplesmente para obter recursos para serem destinados a outras atividades do Poder Público.[130]

O interesse do Estado nesses casos, afirma GASPAR ARIÑO ORTIZ, *"não é um interesse de utilidade do público, mas um interesse econômico global".*[131] Tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas o Estado busca a realização de finalidades públicas, que, todavia, são de espécies muito diferentes: *"na gestão econômica não há uma finalidade de serviço ao público, isto é, aos cidadãos individualmente considerados, mas uma finalidade de ordenação econômica, de conformação social, de serviço nacional, isto é, de promoção econômico-social da nação considerada em seu conjunto".*[132]

Em termos semelhantes, CRISTIANE DERANI afirma que *"a diferença entre um serviço público e uma outra atividade econômica exercida pelo Estado está materialmente no seu produto e na forma de distribuição. Se o produto é de valor de uso de toda a coletividade, e por isso se garante a universalidade, a equidade e a continuidade, estamos diante de uma produção econômica retirada do mercado, para que sua dinâmica se realize em razão do suprimento, para a coletividade, de valores de uso essenciais à coesão social. Se o produto, embora não necessário à coletividade, obedece a outros imperativos de interesse coletivo ou – uma especificidade deste – de segurança nacional, por representar um agregador da sociedade no âmbito da produção econômica, deve ser produzido, em um regime que não poderá ser designado como totalmente de mercado, em virtude da natureza pública do agente, do capital investido e da distinção*

[129] MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, p. 574. Gaspar Ariño Ortiz observa, no entanto, que há atividades estatais em que o interesse por ingressos financeiros está associado a finalidades de serviços ao público, casos em que prevalecerá a natureza de serviço público (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 501).

[130] PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo*, I, Ed. Marcial Pons, Madrid, 11ª. ed., 1999, p. 478. "A atividade econômica desenvolvida pelo Estado também apresenta interesse público, só que subjetivo, à medida que depende da valorização da Administração; não traz em si mesma o interesse público; mas se lhe atribui um interesse público" (BAZILLI, Roberto Ribeiro. "Serviços Públicos e Atividades Econômicas na Constituição de 1988", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 197, 1994, pp. 15-16). Caso muito comum foi a transferência para o Estado de grandes indústrias como forma de evitar que fechassem as suas portas. Ampliar em STEFANELLI, Maria Alessandra. *La Tutela dell'Utente di Publici Servici*, Ed. CEDAM, Padova, 1994, p. 68.

[131] ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 241.

[132] ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 494, grifamos.

dos seus objetivos em relação aos objetivos individuais que movem as relações de mercado".[133]

6 – SERVIÇOS PÚBLICOS SOCIAIS E SERVIÇOS COMPARTIDOS.

Há uma série de atividades assistenciais e culturais (saúde e educação, e, mais tarde, cultura, lazer, pesquisas científicas, etc) que na Idade Média eram satisfeitas por ordens religiosas, de caridade e outros entes intermédios entre os indivíduos e o poder político, como a Igreja e as corporações de ofício. Com a proscrição dos entes intermédios pelas revoluções liberais, o Estado teve que assumir estas atividades.

Porém, a iniciativa privada pôde, via de regra, ultrapassado o furor revolucionário liberal, voltar a explorá-las. Nesse momento, os entes intermédios sem fins lucrativos também foram reabilitados para o seu exercício.

O Estado, no entanto, por impossibilidade desses atores não-estatais atenderem de forma integral as exigências da sociedade em relação à fruição desses serviços, exigências muitas vezes constitucionalmente positivadas, não poderia voltar a deixar de prestá-los, deixando-os novamente apenas com a iniciativa privada e com o terceiro setor. A partir de então, essas atividades passaram a ser chamadas de serviços públicos (sociais ou culturais) quando prestadas, e não apenas fiscalizadas, pelo Estado.[134]

Elas possuem a peculiaridade de poderem ser prestadas tanto pelo Estado como pela iniciativa privada, com ou sem fins lucrativos. São atividades econômicas com potencial lucrativo, mas que, mesmo não sendo monopólios naturais, o mercado e o terceiro setor não são capazes de por si sós satisfazer os fortes interesses coletivos em usufruí-las.[135] Por essas razões o Estado também as presta, mas o faz gratuitamente ou de forma bastante subsidiada, pois do contrário as necessidades sociais correlatas continuariam insatisfeitas, razão pela qual o Constituinte entendeu deverem elas ser em regra satisfeitas

---

[133] DERANI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as Ações do Estado na Produção Econômica*, Ed. Max Limonad, São Paulo, 2002, pp. 197-198.

[134] Marçal Justen Filho classifica os serviços públicos como "sociais: aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade; comerciais e industriais: aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como a água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações; culturais: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo,* Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2005, p. 499). Entendemos que os serviços públicos ditos culturais podem, sem que isso cause nenhuma alteração no seu regime jurídico, ser considerados tanto como espécie autônoma, como integrante da categoria dos serviços públicos sociais.

[135] ROJAS, Francisco José Villar. *Privatización de Servicios Públicos,* Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 156.

independentemente das condições financeiras dos cidadãos usuários, conforme dispositivos constitucionais analisados no Tópico 4.1 supra.

Uma questão que se coloca é se essas atividades podem ser colocadas sob a mesma categoria jurídica, independentemente de serem prestadas pelo Estado ou por particulares por direito próprio (não como delegatários estatais).

A Constituição indica em sentido negativo ao, por exemplo, tratar dos serviços de saúde prestados pelo Estado como "serviços públicos de saúde" (art. 198), mas se valendo da nomenclatura distinta de "serviços de relevância pública" quando deseja abranger também os casos em que sejam prestados pela iniciativa privada (art. 197, CF). Em outras palavras, a Constituição as considera serviços públicos quando prestadas pelo Estado, e serviços de relevância pública quando exploradas por particulares, mantido, nesse caso, o regime jurídico privado e as regras da livre iniciativa,[136] sem prejuízo, naturalmente, em alguns casos (principalmente saúde e educação), da forte regulação sobre elas incidente, inclusive mediante a sujeição a autorizações administrativas prévias e operativas, constituindo-as como atividades econômicas privadas de interesse público.

O STF, ao julgar a ADIn nº. 319-4-DF, contra lei que estabelecia controles sobre o aumento do valor das mensalidades das escolas privadas (Lei nº. 8.039/90), afirmou o caráter privado dos serviços prestados por esses estabelecimentos, mas, realizando uma ponderação entre os interesses públicos e privados envolvidos, considerou constitucional o controle dos preços. Forte ingerência estatal também tem sido admitida nos serviços privados de saúde.[137]

Também há polêmica a respeito desses serviços sociais, quando prestados pelo Estado, poderem ou não ser incluídos na categoria dos serviços públicos. Grande parte da doutrina considera, com base no art. 175 da Constituição, que apenas as atividades sob reserva estatal exclusiva, ou seja, titularizadas pelo Estado, apenas delegáveis à iniciativa privada, podem ser consideradas serviços públicos, adotando o conceito restritíssimo (Tópico 4.2.4), no qual não estão contidos os serviços sociais e culturais prestados pelo Estado sem exclusão da iniciativa privada.

CARLOS ARI SUNDFELD, por exemplo, sustenta que *"os serviços públicos importam na criação de utilidades e comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente ao Estado".* Já *"os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado. (...) A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas sim a de obrigar a seu exercício. Os particulares exploram os serviços*

[136] "O Estado também pode assumir a realização de atividades de interesse público de titularidade privada (...). Isto não provoca uma mutação ou extensão do regime jurídico do serviço público quando as atividades são prestadas pelos particulares" (CASSAGNE, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, 2ª. ed., Ed. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 39).
[137] V. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, na obra *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 140.

sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante conseqüência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de Direito Público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de Direito Privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares".[138]

DANIEL EDGARDO MALJAR[139] diz que foi com a necessidade metodológica da maior redução possível do âmbito do conceito de serviço público que *"surgiu a idéia da publicização das atividades denominadas de 'serviços públicos'."* VILLAR PALASI detectou como eles se tornaram uma técnica institucional de criação de títulos de poderes administrativos de intervenção na vida econômica e social. Para caracterizar esta manifestação, o autor lança mão do tradicional termo da '*publicatio*', entendida como a técnica que se dirige à criação de títulos *ope proprietatis*, de potestade sobre atividades privadas, com o fim de controlá-las. Com a *publicatio* se encontrou o caminho, no Direito Administrativo, para restringir o conceito, situando o mesmo como uma atividade estatizada, desenvolvida pela Administração Pública ou delegada aos particulares mediante o regime jurídico da concessão de serviço público, distinta de outras atividades desenvolvidas pela Administração que cumprem finalidades extremamente diversas.

ARIÑO ORTIZ também já afirmou que, *"caso se deseje chegar a um conceito coerente de serviço público, é preciso afirmar a exclusividade da atividade a favor do Estado, pois, do contrário, o serviço público seria uma coisa indefinível e, portanto, inútil para o Direito. (...) Nosso Direito conhece há muito tempo atividades industriais ou comerciais que, sem pressupor o exercício de prerrogativas típicas de Direito Público, têm a titularidade reservada ao Estado (exclusividade regaliana). Essas atividades são os serviços públicos em sentido estrito".*[140]

Aplicando esses pressupostos teóricos aos serviços sociais, se afirma que, *"em razão de sua natureza, esses serviços, quando estão sendo prestados pelo Estado, não perseguem fins lucrativos, sendo geralmente até mesmo deficitários, o que determina um regime especial de financiamento, já que apenas podem ser mantidos através de impostos ou contribuições; enquanto que os serviços públicos cuja natureza é industrial ou comercial admitem apenas o financiamento na base de preços ou taxas. (...) Também são características daquele tipo de prestações a possibilidade de atuação dos particulares exercendo um direito próprio, dentro dos limites que forem fixados pelas leis. Essa característica constitui uma das diferenças fundamentais com o regime de serviço público, pois nesses últimos o particular atua, não exercendo um direito próprio, mas por*

---

[138] SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público,* Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 83. A passagem é interessante para relativizar a importância prática de algumas divergências classificatórias e conceituais. No caso, por exemplo, apesar de o autor, ao contrário do que propomos, separar conceitualmente os dois institutos, acaba ao final da citação atribuindo regime jurídico público aos serviços sociais prestados pelo Estado.

[139] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 95-97.

[140] Na doutrina brasileira, neste sentido, ver, entre outros, AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos,* Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, pp. 39-40.

delegação da Administração, no marco do contrato administrativo de concessão de serviço público."[141]

Entendemos, no entanto, como já exposto no Tópico 4.4 supra, que, apesar da plausibilidade da tese exposta, essas atividades (saúde, educação, etc.) devem ser denominadas em seu conjunto como "serviços compartidos", sendo que, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas, eventualmente, de interesse público ou regulamentadas, e quando exploradas pelo Poder Público são serviços públicos sociais, espécie classificatória do gênero serviço público caracterizada, ao contrário de todos os demais serviços públicos, pela inexistência da reserva de titularidade estatal.

É com essa perspectiva que EROS ROBERTO GRAU faz, com nomenclatura diversa, a mesma distinção entre as duas (únicas) espécies que, a nosso ver, existem de serviços públicos. Vejamos as palavras do Ministro: *"Cumpre distinguirmos os serviços públicos privativos dos serviços públicos não-privativos. Entre os primeiros aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão-somente, contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175 da Constituição de 1988). Entre os restantes – serviços públicos não-privativos aqueles que têm por substrato atividade econômica que tanto pode ser desenvolvida pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como modalidade de atividade econômica em sentido estrito. Exemplos típicos de serviços públicos não-privativos temos nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde".*[142]

---

[141] MALJAR, Daniel Edgardo, *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, pp. 226-227. Outros autores também afirmam: "Aceitar a *publicatio* como elemento delimitador do serviço público faz com que este seja uma atividade da competência exclusiva do Estado, com todas as diferenças lógicas com aquelas outras atividades de prestação, tanto as concorrentes entre a Administração Pública e os particulares, ou as privadas fortemente disciplinadas, diferenças como o título de habilitação de gestores privados, poderes de alteração unilateral das condições de prestação do serviço, regime de afetação de bens, substituição do concessionário, poder tarifário, etc. Nesse contexto, cabe afirmar que as concessões só podem ter lugar em relação às atividades de titularidade reservada ao Estado, mediante, naturalmente, uma lei formal. Na falta de reserva, vige em toda a sua vitalidade o princípio da livre iniciativa, e tais atividades, por mais regulamentadas que sejam, exigirão apenas a autorização prévia e a fiscalização que todo serviço 'ao público' demanda (bancos, seguros, farmácias, e demais atividades disciplinadas). Assim, os serviços chamados assistenciais (saúde, educação, esporte, beneficência, cultura), ainda quando sejam prestados em estabelecimentos públicos, não são serviços públicos, nem se lhes aplica o seu regime jurídico, só naquilo que decorrer tão-somente das condições subjetivas de pessoa jurídica de Direito Público, sempre em grande monta regida pelo Direito Público, do Ente que o presta" (URRUTIGOITY, Javier. *Retribuición en los Servicios Públicos*, **in** *Los Servicios Públicos: régimen jurídico actual* [coord. Marta González de Aguirre], Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 66).

[142] GRAU, Eros Roberto. *Constituição e Serviço Público*, **in** *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 252. No mesmo sentido, MODESTO, Paulo. "Reforma Administrativa e Marco legal das Organizações Sociais no Brasil", **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA*, vol. 208, 1997, p. 210. "O conceito de serviço público, no Brasil, segue, em suas grandes linhas, a noção clássica francesa, designando, por conseqüência, aquele serviço que é prestado por órgão estatal, visando fim de utilidade pública, ou executado por particular, mas, neste caso, sempre por delegação do Estado. Em outras palavras, para qualificação de um serviço como público, a par do interesse geral a que se destina satisfazer, é indispensável a existência de um vínculo orgânico entre ele e o Estado. Este é o *titular* do serviço,

Para, à luz do direito positivo brasileiro, considerá-los serviços públicos quando prestados pelo Estado, ainda que sem reserva, há as seguintes razões: *(a)* a referência explícita ou implícita da Constituição a alguns deles como "serviços públicos" (de saúde – art. 198 –, por exemplo); *(b)* natureza e finalismo específico, consistentes na busca de oferta a todos os potenciais usuários para satisfação de suas necessidades; e *(c)* o fato de alguns desses serviços não poderem ser, até pela pertinência com alguns direitos fundamentais (ex.: liberdade de ensino e de aprendizagem),[143] de titularidade exclusiva do Estado, o que acarretaria uma restrição à liberdade individual, não de cunho empresarial (p. ex., uma expressão da liberdade religiosa é a possibilidade das religiões criarem os seus colégios católicos, judaicos, presbiterianos, etc., e dos pais que integrarem alguma dessas confissões neles matricularem seus filhos). [144]

---

muito embora a sua *gestão* possa ser transferida a particulares. Nesse contexto, seria inaceitável falar-se em exercício de função pública por particulares sem existir qualquer ato jurídico de Direito Público, mesmo implícito, que importe delegação do desempenho daquela função, o que equivale a dizer que a atividade privada, por mais relevante e útil que seja para toda a sociedade, não caracteriza, por si só, via de regra, serviço público. Por certo, há tipos de atividades de interesse geral que são desempenhadas tanto pelo Estado como pelos indivíduos. O Estado não se apresenta, nesses casos, como o titular exclusivo dos serviços. É o que acontece, entre muitas outras hipóteses, com as atividades relacionadas com o ensino ou a saúde. Quando prestadas pelo Estado ou executadas por delegação estatal elas se inserem no âmbito do conceito de serviço público. Se ausente qualquer laço com o Estado, elas são geralmente tidas e consideradas como atividades ou serviços puramente privados. Há neste particular, entretanto, uma exceção importante. Por vezes a intensidade da nota de interesse público que assinala certas atividades desempenhadas pelos particulares faz com que a elas se estenda o Direito Público, por considerar-se que seus prestadores estão investidos em funções públicas delegadas, de sorte que alguns dos seus atos são tidos como atos administrativos, impugnáveis pela via do mandado de segurança. É o que acontece com os atos de diretores de estabelecimentos privados de ensino suscetíveis de serem combatidos por aquela ação constitucional. Segundo antiga classificação de Laubadère, seriam eles atos administrativos em sentido apenas funcional. Por outro lado, uma vez que os estabelecimentos privados de ensino não são permissionários nem concessionários de serviços públicos, necessitando porém de autorização do Estado para que possam funcionar, como ocorre com algumas atividades privadas (CF, art. 170, parágrafo único), não é impertinente ver nessa situação excepcional algo muito semelhante, senão idêntico, às hipóteses compreendidas pelo conceito de serviço público em sentido 'objetivo' ou 'impróprio', ou 'virtual', no sentido que dá a estas expressões a doutrina italiana, e nas quais sobreleva o caráter de 'missão de interesse geral', com a qual se confunde a noção de serviço público em sentido puramente material" (COUTO E SILVA, Almiro do. "Privatização no Brasil e o novo Exercício de Funções públicas por Particulares". Serviço Público à Brasileira?, **in** *Revista de Direito Administrativo – RDA.* Ed. Renovar, vol. 230, 2002, pp. 45-46).

[143] MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 574-575. Por essas razões, o Tribunal Constitucional Federal Alemão já considerou inconstitucional o monopólio público da televisão (cf. MACHADO, Santiago Muñoz. *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General,* Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 255).

[144] '"Frank Moderne identificou uma vertente doutrinária que não admite que sejam incluídas na idéia de serviço público atividades que, constitucionalmente, identificam-se com as liberdades públicas ou direitos fundamentais. Por exemplo, a educação é um direito fundamental que é garantido constitucionalmente, portanto, não deveria identificar-se como um serviço público. Sob a ótica das liberdades públicas, a configuração da educação como serviço público corre o risco de afetar liberdades constitucionalmente garantidas, tais como a liberdade de empresa (de construir estabelecimentos de ensino) e mesmo a garantia da liberdade de pensamento (através da imposição de uma dada ideologia). Uma decorrência importante da compatibilização das liberdades públicas com o âmbito dos serviços públicos é a incompatibilidade de existência de

A grande conseqüência da caracterização dessas atividades como serviços públicos quando prestadas pelo Estado é excluí-las da vedação de concorrência desleal do Estado com a iniciativa privada prescrita no art. 173, §§ 1º. e 2º., da Constituição Federal,[145] aplicável apenas às atividades econômicas exploradas pelo Estado que não sejam qualificáveis como serviços públicos.[146]

O art. 173 da Constituição tem, com efeito, como seu único objeto as atividades econômicas *stricto sensu* exploradas mas não monopolizadas pelo Estado. Não abrange, portanto, de um lado, as atividades econômicas *lato sensu* que a Constituição ou o Legislador considere serviços públicos (reservados ou não ao Estado), nem, por outro lado, as atividades econômicas *stricto sensu* monopolizadas pelo Estado.

Assim, as escolas privadas não podem argüir a concorrência desleal das escolas públicas que gozem de favores do Poder Público, que inclusive as financia a ponto de assegurar o acesso gratuito, uma vez que a educação pública, ainda que não exclua a iniciativa empresarial privada no setor, não é atividade econômica do Estado, mas sim um serviço público.[147]

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

monopólio sobre a atividade que resulta de liberdade pública" (JUSTEN, Mônica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, Ed. Dialética, São Paulo, 2003, p. 121).

[145] *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: I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. § 2º. - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

[146] Cf. Tópico precedente.

[147] MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 574-575. O autor ibérico também afirma (ob. cit., p. 215) "existirem autênticos serviços públicos prestados pela Administração ainda que a atividade de que trate não tenha sido monopolizada *de jure* por esta, e sem que, portanto, esta atuação prestacional pública, efetuada sem reserva, deva reconduzir-se à mera iniciativa pública (na economia) desenvolvida em paridade de trato e livre concorrência com as empresas privadas análogas (caso em que certamente não estaríamos diante de serviço público)."

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não Disponível.