

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cassiano Aristimunha Dias

**O CONCEITO DOGMÁTICO-JURÍDICO DE SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO:  
ANÁLISE ACERCA DA ESTRUTURA CONCEITUAL DISPOSTA NA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Porto Alegre

2017

Cassiano Aristimunha Dias

**O CONCEITO DOGMÁTICO-JURÍDICO DE SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO:  
ANÁLISE ACERCA DA ESTRUTURA CONCEITUAL DISPOSTA NA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

Porto Alegre  
2017

Cassiano Aristimunha Dias

**O CONCEITO DOGMÁTICO-JURÍDICO DE SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO:  
ANÁLISE ACERCA DA ESTRUTURA CONCEITUAL DISPOSTA NA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini  
Orientador

---

Professor doutor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues

---

Professor doutor José Guilherme Giacomuzzi

---

Professor doutor Ricardo Antônio Lucas Camargo

## AGRADECIMENTOS

A superação de mais essa etapa da trajetória acadêmica teve a participação de um grande grupo de pessoas. Pessoas que, consciente ou inconscientemente, forneceram algum elemento indispensável para o transcurso dessa jornada até aqui. Esses elementos indispensáveis dizem respeito à elaboração do trabalho e/ou à suavização dos passos dados ao longo do árduo caminho percorrido.

A todas essas pessoas dedico o meu mais sincero agradecimento. Agradecimento que dedico em especial aos professores, colegas de pós-graduação, familiares e amigos, todos colocados em meu caminho pela entidade a quem também agradeço: Deus.

Aos professores agradeço pelas orientações, contribuições e auxílios dados à elaboração deste trabalho. Nesse particular, vale mencionar alguns nomes que tiveram especial participação no alcance do presente resultado. Essa menção segue em ordem cronológica, iniciando pelo tempo de graduação na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e avançando pelo período de pós-graduação na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Do tempo de UNISC, agradeço aos professores Itiberê Rodrigues, Luiz Egon Richter e Jânriê Rodrigues Reck. Ao primeiro por ter despertado em mim a curiosidade e o interesse pelo assunto desta dissertação, o serviço público brasileiro. Ao segundo por ter me auxiliado no estudo sobre o citado tema, com o fornecimento de constantes ensinamentos e esclarecimentos que ainda levo comigo. Ao terceiro por ter oferecido interessantes contrapontos às minhas opiniões acerca do assunto, por meio de debates e lições radicadas em muita leitura e regadas por muita paciência.

Do período de UFRGS, agradeço aos professores José Guilherme Giacomuzzi e Ricardo Antonio Lucas Camargo. Aos dois pelo empréstimo de livros e textos de difícil obtenção, os quais foram essenciais para pesquisa do tema objeto da presente dissertação. Ainda a eles, por terem participado da banca de qualificação desta dissertação, oferecendo inúmeros e valiosos apontamentos. Apontamentos esses que foram de imensa importância para a elaboração deste estudo.

Agradeço, e muito, ao meu orientador – e hoje amigo – Rafael da Cás Maffini por materializar as características que a função de orientador, na minha concepção, exige de um professor. Muito obrigado Maffini pelos esclarecimentos, dados com maestria e clareza, acerca do direito administrativo em geral e sobre os serviços públicos em especial. Muito obrigado também pelo fornecimento de materiais imprescindíveis à realização desta pesquisa.

Muito obrigado, ainda, pela atenção que me foi dada em todos os momentos de insegurança, fornecendo o indispensável amparo.

Agradeço aos meus colegas do PPGD da UFRGS, em especial: ao Paulo Ricardo Pereira, Carol Caroni, Sandro Alves de Araújo e Lucas do Nascimento e a tantos outros, pois sem eles a jornada não teria sido a mesma. Afinal, o fardo de angústias, incertezas e inseguranças seria mais pesado de carregar e as alegrias proporcionadas pelo curso de mestrado não seriam tão prazerosas se não houvesse com quem os dividir.

Agradeço aos meus irmãos e aos meus pais, Francisco Assis Martins Dias e Eugênia Lima Aristimunha Dias, por terem tido paciência comigo e porque sem eles esse momento não seria tão especial quanto é. Ainda a eles por terem compreendido o momento da minha vida e apoiado as minhas escolhas.

Agradeço aos meus amigos, em especial ao Paulo Ricardo Cunha e à Jéssica Dornelles, pelos incontáveis, memoráveis, indispensáveis e imensamente prazerosos momentos de lazer e divertimento.

Ainda no âmbito dos amigos, agradeço ao Roberto Pretto Juchem, ao Thiago Guedes, ao José Pedro Pedrassani e ao Matheus Affonso. Aos dois primeiros pelos conselhos de vida fornecidos em momentos estratégicos, bem como pelo suporte conferido para a resolução de problemas pessoais, cuja ausência de resposta imediata e proporcional à magnitude do ocorrido poderia ter inviabilizado a realização desta dissertação. Ao terceiro pela demonstração de atalhos e por ter dividido as experiências que adquiriu em seus anos de estudo na pós-graduação. Ao último por ser o meu “*guru*” da informática e da língua inglesa.

Por derradeiro, agradeço a Deus. Agradeço-o simplesmente por tudo, mas em especial por ter colocado em meu caminho – e hoje ao meu lado –, além de todas as pessoas acima referidas, a pessoa que acreditou em mim em ocasiões nas quais nem eu mais acreditava e que se dispôs a realizar sacrifícios para que esse momento fosse possível. Inexistem palavras para agradecê-la. Por isso, limito-me a dizer: “Suelen Carvalho dos Santos, minha amada, muitíssimo obrigado por tudo”.

## RESUMO

A noção pátria de serviço público é concebida a partir dos conceitos de serviço público e de serviço de utilidade pública oriundos, respectivamente, da França e dos Estados Unidos da América. Esses conceitos foram introduzidos no Brasil por ação doutrinária à luz da Constituição de 1891. Parte do resultado dessas discussões foi positivada no texto constitucional de 1934. A partir daí o tema figurou em todas as Constituições subsequentes. A Constituição de 1988, assim como as que a precederam, não veicula um conceito material de serviço público expresso em uma fórmula. A estrutura constitucional do conceito de serviço público é bastante complexa. O atual texto constitucional trata de serviço público em variados sentidos, os quais são dimensionados de formas diversas de acordo com as atividades abarcadas. Esses sentidos e dimensionamentos foram construídos ao longo da história constitucional, razão pela qual sua compreensão exige a análise dos textos das Constituições precedentes. Em linhas gerais, serviço público aparece no texto constitucional em três sentidos, quais sejam: o material, o orgânico e o formal. O sentido material é dimensionado nas acepções ampla e restrita. É no interior desse sentido, no qual a expressão serviço público significa atividade, que estão situados os critérios orgânico, formal e material, oriundos da tradição francesa. No âmbito do sentido material situam-se as maiores dificuldades e divergências sobre o tema. No sentido orgânico, serviço público se refere aos órgãos e entidades do Estado. No sentido formal, serviço público é um regime jurídico atribuível às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. É no âmbito desse sentido que se encontra a função do conceito de serviço público. Alternativamente ao regime jurídico dos serviços públicos, a Constituição de 1988 prevê o regime jurídico de direito privado. Nesse regime jurídico a potencialização da concorrência é o elemento central, o que exige o desenvolvimento de mecanismos que facilitem o acesso pelos particulares ao setor. Tal acesso é facilitado pelo uso da autorização. A competência pública exercida pelos particulares por meio de autorização configura-se como serviço de utilidade pública à brasileira. A partir dessa estrutura conceitual é possível melhor compreender a noção de serviço público no âmbito dos Estados-membros e municípios e os modos de ação desses entes federados no domínio econômico.

**Palavras-chave:** serviço público – estrutura constitucional do conceito – regime jurídico de serviço público – função do conceito de serviço público – regime jurídico de direito privado – serviço de utilidade pública à brasileira.

## ABSTRACT

The Brazilian concept of public service is created from the French notion of public service and the American notion of public utility. These ideas were introduced into Brazilian Law by doctrine following the Constitution of 1891. Part of the results of the debates stirred by the use of the diverging concepts got incorporated to the text of the Constitution of 1934. From then on, every subsequent Constitution addressed the issue. The Constitution of 1988, like the ones that preceded it, does not present a substantive concept of public service. The constitutional structure of the concept of public service is thoroughly complex. The current constitutional text treats public services in different senses, which are managed according to the activities comprehended by it. These senses have been constructed throughout our constitutional history, and for that reason, their comprehension requires an analysis of the preceding Constitutions' texts. In broad lines, public services appear in the Constitution in three senses, which are: the substantive, the organic and the formal. The substantive sense is measured in broad and strict meanings. It is in the core of the substantive sense, in which public service means activity, that the French-born organic, formal and substantive senses are situated. It is regarding the substantive sense that the greatest difficulties and divergences concerning the theme arise. In the organic sense, public service refers to the public organs and entities. In the formal sense, public service is a legal regime attributable to the positive substantive competencies and the economic nature of the State. It is in regards to the substantive sense that the function of the concept of public service takes place. Alternative to the public services' legal regime, the Constitution of 1988 also includes a private law legal regime. In this alternative regime, the increase of competition figures as central element, which demands mechanisms to enable private access to the area. Such access is facilitated by use of authorization. The public competency exerted by private initiative through authorization is known as Brazilian public utility service. From that conceptual structure, it is possible to better understand the notion of public service in the scope of member-states and counties, as well as the courses of action adopted by these federate entities on economy.

**Keywords:** public service – constitutional structure of the concept – legal regime of public services – utility of the public service's concept – private law legal regime – Brazilian public utility service

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 AS INFLUÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA FRANÇA, DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DE SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL DA COMUNIDADE EUROPEIA .....</b>	<b>17</b>
<b>2.1 O surgimento e o desenvolvimento da noção clássica de serviço público francês .....</b>	<b>22</b>
<i>2.1.1 O serviço público na jurisprudência francesa clássica .....</i>	<i>23</i>
<i>2.1.2 A Escola Francesa de Serviço Público (A Escola de Bordeaux).....</i>	<i>28</i>
<i>2.1.3 As crises da noção conceitual clássica de serviço público.....</i>	<i>34</i>
<b>2.2 O conceito contemporâneo de serviço público francês .....</b>	<b>42</b>
<b>2.3 A noção de serviço de interesse econômico geral da União Europeia e a nova crise do conceito de serviço público.....</b>	<b>49</b>
<b>2.4 A noção de serviço de utilidade pública (public utility) nos Estados Unidos da América.....</b>	<b>60</b>
<b>2.5 Síntese conclusiva do capítulo .....</b>	<b>68</b>
<b>3 SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL: ANÁLISE ACERCA DA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO À LUZ DA INFLUÊNCIA DE SUAS FONTES DE INSPIRAÇÃO .....</b>	<b>71</b>
<b>3.1 Análise histórica da noção de serviço público nas Constituições Brasileiras .....</b>	<b>77</b>
<i>3.1.1 A Constituição brasileira de 1891: os primeiros debates doutrinários sobre serviço público.....</i>	<i>80</i>
<i>3.1.2 A Constituição Brasileira de 1934: a positivação constitucional do debate doutrinário sobre serviço público .....</i>	<i>90</i>
<i>3.1.3 As Constituições brasileiras de 1937 a de 1967: considerações acerca da evolução constitucional do conceito de serviço público.....</i>	<i>102</i>
<b>3.2 A recepção pela Constituição de 1988 do debate histórico precedente: análise acerca da inserção no atual texto constitucional dos conceitos desenvolvidos nas Constituições anteriores e das noções oriundas da França e dos Estados Unidos da América .....</b>	<b>119</b>
<b>3.3 A noção conceitual de serviço público na Constituição de 1988 e a sua classificação .....</b>	<b>128</b>



<b>3.4 Da suposta ocorrência de crises conceituais do serviço público no Brasil: análise a partir da Constituição de 1988.....</b>	<b>138</b>
<b>3.5 Síntese conclusiva do capítulo .....</b>	<b>144</b>
<b>4 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ANÁLISE ACERCA DOS REGIMES JURÍDICOS DISPONÍVEIS E DE SUAS INCIDÊNCIAS SOBRE AS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DE NATUREZA ECONÔMICA DO ESTADO.....</b>	<b>150</b>
<b>4.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ANÁLISE ACERCA DO DOMÍNIO NORMATIVO DOS ARTIGOS 173, 175 E 177 .....</b>	<b>154</b>
<i>4.1.1 O regime jurídico disposto no art. 173 da Constituição de 1988.....</i>	<i>157</i>
<i>4.1.2 O regime jurídico disposto no art. 175 da Constituição de 1988.....</i>	<i>161</i>
<i>4.1.3 Análise acerca do disposto no art. 177 da Constituição de 1988.....</i>	<i>176</i>
<b>4.2 Os serviços públicos econômicos na Constituição de 1988: análise a propósito da suposta dicotomia entre os artigos 173 e 175 .....</b>	<b>179</b>
<b>4.3 Os regimes jurídicos preestabelecidos pela Constituição: análise acerca do dimensionamento da incidência dos regimes jurídicos dispostos nos arts. 173 e 175 da Constituição de 1988 às atividades com regramentos predefinidos constitucionalmente .....</b>	<b>190</b>
<b>4.4 O conceito de serviço público a partir de sua função: análise da questão dos serviços públicos econômicos municipais e estaduais .....</b>	<b>196</b>
<b>4.5 Síntese conclusiva do capítulo .....</b>	<b>207</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>211</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>214</b>

## 1 INTRODUÇÃO

No âmbito da doutrina brasileira, alguns aspectos do conceito de serviço público estão bem desenvolvidos. No entanto, ainda existem divergências quanto ao tema. Os principais pontos de discordância estão situados na identificação da amplitude da noção em tela. A amplitude do conceito se refere à definição de quais as atividades são serviços públicos.

Essa dificuldade de dimensionamento do conceito produz as demais dificuldades conceituais. Dentre tais dificuldades estão a de enunciar uma fórmula conceitual de serviço público, a de identificar quais as atividades são assim qualificadas e a de compreender o papel do legislador ordinário nesse campo. Outra dificuldade é a de delinear o regime jurídico dos serviços públicos, que é a consequência prática da classificação de uma atividade como tal.

Em outros termos, a dificuldade encontrada pela doutrina pátria situa-se no procedimento de elaboração de uma fórmula que enuncie o conceito de serviço público e sirva para predeterminar quais as atividades são qualificadas como tal, bem como as consequências práticas dessa qualificação. A necessidade de elaborar essa fórmula está vincada estritamente no campo doutrinário, sendo a sua utilidade bastante contestável.

As formulações realizadas doutrinariamente não abarcam a completude dos preceitos positivos concernentes ao tema. A aludida fórmula é enunciada sem estar estritamente radicada nos preceitos oriundos do âmbito em que está inserido o serviço público brasileiro, isto é, a Constituição.

Diante da não consideração completa do único parâmetro objetivo disponível para identificação do conceito de serviço público e das atividades qualificáveis como tal, inexiste a possibilidade de resolução dos problemas relativos ao tema. A doutrina brasileira, de um modo geral, ao tratar desse assunto vale-se da definição francesa, sem considerar as peculiaridades que o conceito assumiu no contexto brasileiro.

Ao fazer isso, a Constituição é lida à luz do conceito francês. Portanto, os problemas de definição do instituto são reflexos desse descolamento entre as proposições teóricas e as disposições normativas acerca do tema<sup>1</sup>. Essa desconexão está centrada em dois aspectos.

---

<sup>1</sup> A partir dos ensinamentos de Karl Larenz, quando se fala em instituto, tomam-se em consideração determinados fatos, ou conjuntos de fatos, que constituem feixes de relações jurídicas. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José de Sousa e José Antônio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978. p. 192 – 193. Além disso, o termo “instituto” pode tomar em consideração determinadas entidades, quando terá sentido de instituição. Nessa perspectiva, serviço público é um instituto. O serviço público abarca fatos e conjuntos de fatos, constituindo relações jurídicas. Isso acontece principalmente nos sentidos material e formal da expressão, quando, então, serviço público se refere a determinadas atividades de competência do Estado ou a um regime jurídico incidente sobre competências materiais do Estado. Ademais, o sentido orgânico de serviço público se refere exatamente ao próprio Estado, ou aos seus órgãos e

Em primeiro lugar, não se avalia a maneira como o conceito oriundo da tradição supracitada foi introduzido, nem a forma como se desenvolveu no ordenamento jurídico pátrio para, a partir de uma leitura histórica, interpretar as disposições constitucionais sobre os serviços públicos. Em segundo lugar, as definições doutrinárias não refletem de forma completa os elementos contidos no texto constitucional sobre o serviço público, centrando-se apenas em determinados aspectos da estrutura normativa concernente ao instituto, embora apresentem as demais em apartado.

De fato, com a finalidade de compreender a noção brasileira de serviço público é importante a observação do surgimento e do desenvolvimento do conceito francês de serviço público. Porém, para o mesmo objetivo é igualmente importante à análise do conceito norte-americano de serviço de utilidade pública.

Os dois conceitos foram importados para o Brasil, sendo inseridos em conjunto no cenário nacional. Em determinados contextos, os conceitos mencionados eram tratados como gênero e espécie e, até mesmo, como sinônimos. Essa inserção simultânea forjou a nossa noção de serviço público, estando presente nos debates sobre o tema desde a Constituição de 1891.

Tal circunstância evidencia que o conceito brasileiro de serviço público não é uma cópia exata da noção francesa, nem, tampouco, da noção norte-americana. Por conta disso, a importância da compreensão dos aludidos conceitos estrangeiros restringe-se a um aspecto histórico, uma vez que tais noções adquiriram peculiaridade ao ingressarem no cenário brasileiro.

A compreensão do conceito nacional de serviço público impõe o estudo do modo como essas noções estrangeiras foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, com a finalidade de se identificar as peculiaridades que assumiram aqui. O estudo do modo como esses conceitos ingressam no Brasil exige, por sua vez, a análise de nossa história constitucional, pois o assunto começou a ser debatido pela doutrina à luz da Constituição de 1891 e, em seguida, foi positivado na Constituição de 1934, mantendo-se, até hoje, no texto constitucional.

A leitura dos textos constitucionais e da doutrina produzida contemporaneamente a cada um deles possibilita a compreensão do significado de determinados enunciados constantes na atual Constituição. Isso porque as Constituições valem-se, em grande medida,

---

entidades. De todo modo, no que concerne a serviço público, a palavra “instituto”, neste trabalho, não será usada estritamente nos aludidos sentidos. O termo será usado para se referir a um conceito dogmático. Trata-se, na verdade, de um recurso linguístico destinado a dar fluidez ao texto. Assim, em certas passagens do trabalho nos referiremos a serviço público por meio da expressão “instituto”.

de conceitos oriundos dos textos precedentes. No que tange aos serviços públicos, no Brasil, é possível falar, inclusive, em uma genética constitucional.

É justamente no âmbito da Constituição de 1988 que estão todos os elementos relativos ao conceito de serviço público brasileiro, pois, como dito, se trata de tema de sede constitucional. Por isso, propõe-se a indicação de um conceito de serviço público que esteja radicado estritamente nas disposições constitucionais atinentes ao tema, ainda que isso implique na impossibilidade de enunciação de uma fórmula, ou seja, na indicação de um conceito material de serviço público.

Em outras palavras, pretende-se expor um conceito dogmático-jurídico de serviço público a partir da identificação dos pressupostos normativos dispostos na Constituição de 1988<sup>2</sup>. Por se tratar de um trabalho conceitual, este estudo tem como ônus a indicação das distinções que o conceito proposto possui em relação às noções existentes. Nesse ponto, propomos uma conceituação que abarque todas as disposições constantes na Constituição de 1988 sobre o tema, com a finalidade de refletir a totalidade da estrutura constitucional dos serviços públicos.

Nesse particular, algumas das formulações doutrinárias, por não considerarem a totalidade das disposições constitucionais sobre o assunto, refletem apenas parcialmente a realidade correspondente ao conceito constitucional de serviço público. Essa espécie de abordagem, em razão dessa opção, chega a conclusões equivocadas a respeito das consequências da identificação de uma atividade como serviço público<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> O conceito proposto é dogmático-jurídico porque está radicado no estudo sistemático das normas (regras e princípios) vigentes. O status constitucional do conceito decorre do âmbito em que as normas observadas estão inseridas, isto é, na Constituição de 1988. Essas normas constitucionais que versam sobre serviço público são os pressupostos normativos do conceito dogmático-jurídico. Em outras palavras, são os dogmas, ou seja, elementos incontestáveis quanto à existência. Esses dogmas constituem-se nos pontos de partida do enfrentamento do tema. Sobre o significado de dogmática-jurídica, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39 – 51.

<sup>3</sup> Por todos, conferir: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Principalmente nas p. 29, 185, 189 e 192. O autor, ao delimitar sua pesquisa, restringe o seu objeto de análise ao que ele denominada serviços públicos econômicos. Assim, em se tratando especificamente de sentido material, não é tratado dos serviços públicos de cunho social. Por conta dessa delimitação, as disposições constitucionais atinentes ao serviço de saúde não são enfrentadas. Colimando os serviços públicos econômicos, o autor afirma que nada na Constituição de 1988 determina qualquer forma de exclusividade na prestação dos serviços públicos. Segundo ele, tanto é assim que a Constituição de 1988, quando pretendeu conferir aos serviços públicos um regime de exclusividade, previu tal regime de forma absolutamente expressa, determinando não apenas a existência de um serviço público, como também o dever de prestação exclusiva. É o que se depreendia do regime existente com relação aos serviços de telecomunicações e gás natural pré-reformas constitucionais. Ocorre que a observação da estrutura constitucional dos serviços público de forma completa demonstra justamente o oposto. Isso porque quando a Constituição não pretendeu determinar um regime de exclusividade no âmbito das competências materiais do Estado, houve a previsão expressa da possibilidade de participação paralela da livre iniciativa. Essa circunstância só é perceptível pela observação dos serviços públicos sociais, mais especificamente o caso da

Outro ônus que os trabalhos conceituais possuem é a indicação da importância do conceito enunciado. A relevância da enunciação desse conceito está no fato de que com base nele se saberá o que é serviço público do ponto de vista constitucional. A importância dessa compreensão está no fato de que o serviço público, em dois de seus sentidos, assume papel de destaque no âmbito do Estado brasileiro. Isso porque se constitui em um dos principais mecanismos de ação pública no campo econômico e social, sendo instrumento de realização dos objetivos do Estado e de concretização e proteção de direitos fundamentais.

Além disso, a partir da conceituação proposta será possível identificar as atividades sobre as quais incide ou pode incidir o regime jurídico dos serviços públicos. Esse regime jurídico é composto por regramentos específicos que se caracterizam como consequências práticas da qualificação de determinada atividade como serviço público (como, por exemplo, a possibilidade de concessão precedida obrigatoriamente de licitação, submissão ao princípio da continuidade e de universalização etc.).

A estrutura constitucional do conceito de serviço público é bastante complexa. A Constituição de 1988 trata de serviço público em variados sentidos, os quais são dimensionados de formas diversas de acordo com as atividades abarcadas. Esses sentidos e dimensionamentos foram construídos ao longo da história constitucional, razão pela qual sua compreensão exige o citado procedimento de análise histórica.

Em linhas gerais, serviço público aparece no texto constitucional em três sentidos, quais sejam: o orgânico, o formal e o material. O sentido material é dimensionado nas acepções ampla e restrita. É na seara desse sentido, no qual a expressão serviço público significa atividade, que estão situados os critérios orgânico, formal e material, oriundos da tradição francesa<sup>4</sup>.

---

saúde. Portanto, a não observação completa da estrutura constitucional sobre o tema conduz, potencialmente, a conclusões equivocadas. Ressalte-se que todo esse debate será aprofundado ao longo do texto.

<sup>4</sup> Cumpre mencionar, com o escopo de não se gerar nenhuma espécie de confusão, que, ao menos para os fins a que este trabalho se destina, são diferentes as noções de “critério”, “sentido” e “conceito” relacionadas à noção de serviço público. Assim, “critério” é o instrumento a partir do qual se procura definir o que é serviço público, sendo, portanto, um dos elementos que compõe o conceito do instituto em questão. Fala-se, então de critério orgânico, material e formal, como sendo aqueles oriundos da construção francesa. Por sua vez, “sentido” equivale à referência feita pela expressão quando utilizada em determinado momento. Já “conceito” é fórmula por meio da qual se exprime a referência a determinado fenômeno. Nesse contexto, quando se menciona “critério material”, está-se referindo à parcela do conceito clássico de serviço público, que é composto, ainda, pelos critérios orgânico e formal. Por outro lado, quando se diz que inexistente na Constituição um “conceito material” de serviço público, está-se afirmando que no texto constitucional não consta uma fórmula por meio da qual se exprime determinado fenômeno. Por fim, quando se alude a “sentido material”, o que se está dizendo é que, em determinada situação, o texto constitucional utilizou a expressão “serviço público” como equivalente à competência administrativa do Estado. O mesmo vale para o sentido e o critério formal. Isso porque no sentido formal “serviço público” equivale ao próprio regime jurídico atribuível a determinadas competências do Estado. Já o critério formal é um elemento que compõe o conceito de serviço público. Nessa mesma linha, “sentido orgânico” é diferente de “critério orgânico”. O primeiro se

No âmbito do sentido material situam-se as maiores dificuldades e divergências sobre o tema. Primeiro, porque, aqui, a expressão possui um significado dúplice, referindo-se ao titular (público como estatal) e ao destinatário (público como de destinação comum de todos). Segundo, porque as atividades passíveis de ser serviço público variam espacial e temporalmente. Terceiro, porque não há um rol preestabelecido de atividades definidas como serviço público; há só referências esparsas.

Em razão da inexistência no texto constitucional de uma fórmula conceitual de serviço público, não buscaremos a construção de tal formulação. Nosso objetivo é a exposição da estrutura constitucional do conceito de serviço público, que consiste no conjunto de informações que a Constituição possui sobre o tema. Essa estrutura permite compreender o que é serviço público. Com a finalidade de expor as informações constantes na estrutura constitucional da noção de serviço público, analisaremos o conceito em quatro perspectivas. Tais perspectivas são a fundamentação, a definição, a aplicação e a função.

A fundamentação divide-se em três itens de observação. No primeiro item, estudam-se os conceitos que serviram de inspiração para a noção pátria de serviço público em seus próprios ordenamentos jurídicos. Logo, são observados o conceito francês de serviço público e a noção norte-americana de serviço de utilidade pública, nos respectivos países. O segundo item se refere à investigação da maneira como as referidas noções foram inseridas no Brasil e o modo como se desenvolveram por aqui. O terceiro item relaciona-se com o estudo da forma de recepção dos dois itens precedentes pela Constituição de 1988.

A definição de serviço público tem vínculo com o objeto a que o termo se refere. Assim, esse aspecto do conceito relaciona-se com os sentidos em que a expressão foi utilizada ao longo da história constitucional brasileira, incluindo a CRFB/88. Em outras palavras, serviço público é definido pelos sentidos orgânico, material e, com a CRFB/88, formal.

A observação do conteúdo da definição, ou seja, das realidades abarcadas pelos sentidos de serviço público, está no campo da aplicação. Considerando que no sentido orgânico serviço público se refere apenas aos órgãos e entidades do Estado e que no sentido formal equivale a um regime jurídico, o terceiro aspecto conceitual relaciona-se com o sentido material. Como nesse sentido a expressão equivale a uma gama variada de atividades, a aplicação resulta em propostas classificatórias (ampla e restrita). A aplicação, então, correspondente ao enquadramento de determinadas atividades na noção de serviço público.

---

refere às situações em que serviço público equivale aos órgãos e/ou entidades do Estado. Já o segundo é um dos critérios que compõem o conceito de serviço público. Consigne-se, ainda, que, neste estudo, os termos “conceito” e “noção” serão tratados como sinônimos.

Por fim, a função do conceito tem estrita relação com o sentido formal. Esse aspecto da noção de serviço público, pouco explorado doutrinariamente, tem sua importância subestimada. A forma como ele está disposto constitucionalmente parece auxiliar muito na identificação da estrutura constitucional de serviço público. Aliás, a compreensão desse aspecto pode ajudar na construção de uma estrutura normativa que permita entender o conceito em questão no âmbito dos estados-membros e municípios, o que também se constitui em tema pouco explorado doutrinariamente.

Diante do motivo geral aludido, este estudo não proporá um diálogo crítico aprofundado com a jurisprudência produzida acerca dos serviços públicos. Na medida em que a fonte é estritamente a Constituição de 1988, a noção desenvolvida precede o entendimento jurisprudencial, o qual, por sua vez, reflete a interpretação da Constituição e das leis.

Com efeito, entendemos que o diálogo crítico com a jurisprudência, para o tema em análise, só é proveitoso para dois objetivos. Primeiro, para encontrar um conceito jurisprudencial de serviço público, ou seja, identificar o conceito de serviço público brasileiro à luz da interpretação constitucional e infraconstitucional. Segundo, para criticar o entendimento jurisprudencial dominante.

Esse segundo objetivo exige, antes de tudo, a identificação de um conceito prévio que sirva de parâmetro para criticar o entendimento jurisprudencial, apontando, eventualmente, suas inconsistências. Depois, esse mesmo objetivo exige que se encontre o conceito jurisprudencial dominante a ser criticado.

O nosso estudo situa-se exatamente no primeiro nível desse segundo objetivo, isto é, na identificação de um conceito que servirá de parâmetro para a crítica subsequente. Por razões de delimitação do tema, ficamos restritos à exposição da estrutura constitucional do conceito de serviço público, sem dar o passo subsequente de criticar os entendimentos jurisprudenciais, ou mesmo de investigá-los. Isso não impediu, contudo, que ao longo do trabalho fossem feitas referências a julgados sobre temas afetos ao objeto da pesquisa.

Nesse contexto, o problema que a presente pesquisa visa a solucionar diz respeito à identificação do conceito pátrio de serviço público. O objetivo geral é a exposição da estrutura constitucional da noção de serviço público. A consecução desse objetivo exige o cumprimento de metas específicas, quais sejam: analisar os conceitos de serviço público francês e de serviço de utilidade pública norte-americano em suas respectivas tradições, com a finalidade de compreender seus aspectos centrais; observar a forma como tais conceitos foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio e o modo como se desenvolveram aqui; e expor as informações que a Constituição de 1988 contém sobre serviço público.

Por força desses objetivos, esta pesquisa terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo, pois se estabelecerá premissas que serão experimentadas ao longo do estudo a partir da ideia geral de serviço público. A técnica de pesquisa será a de documentação indireta composta por análise bibliográfica e jurisprudencial. O procedimento consistirá no hermenêutico, em razão da técnica escolhida, e no comparativo, porque a noção pátria de serviço público será comparada aos conceitos que serviram de inspiração. Com isso, justifica-se e fundamenta-se a estrutura deste estudo, que está dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, analisaremos as fontes do serviço público brasileiro, buscando descrever os aspectos centrais dos conceitos de serviço público francês e de serviço de utilidade pública estadunidense. Na mesma oportunidade, são tecidas algumas considerações acerca do conceito de serviço de interesse econômico geral desenvolvido no âmbito da comunidade europeia.

No segundo capítulo, observaremos a maneira como os conceitos francês e norte-americano foram inseridos no Brasil e o modo como se desenvolveram aqui. Nesse mesmo momento da pesquisa, colima-se a forma como as noções se desenvolveram ao longo de nossa história, mormente sob a ótica constitucional, partindo das proposições doutrinárias produzidas à luz do texto de 1891, passando pela positivação de tais discussões na Constituição de 1934, e sua manutenção nas demais, chegando-se à verificação da recepção desse debate pela CRFB/88.

No terceiro capítulo, em complemento à análise iniciada no capítulo antecedente, investigaremos as nuances da estrutura conceitual de serviço público dispostas na Constituição vigente. É conferida maior importância às disposições pertencentes à ordem econômica em razão de ser esse o âmbito em que opera um dos sentidos da definição de serviço público e a função do conceito, os quais são dimensões evidenciadas a partir da Constituição de 1988. Por isso, são tratadas como inovações em relação à tradição constitucional brasileira.

Em resumo, a abordagem do tema se dá da ideia mais geral em direção a mais específica. Assim, inicia-se pela observação mais geral dos fundamentos dos conceitos que influenciaram a construção da noção brasileira de serviço público, passando pela análise específica da forma como esses conceitos foram recepcionados, convergiram e se desenvolveram no Brasil, chegando-se no enfrentamento mais específico do estágio do conceito em questão e de qual função que exerce no ordenamento jurídico pátrio.



## 2 AS INFLUÊNCIAS DO SERVIÇO PÚBLICO BRASILEIRO: ANÁLISE ACERCA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA FRANÇA, DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E DE SERVIÇOS DE INTERESSE ECONÔMICO GERAL DA COMUNIDADE EUROPEIA

Neste capítulo não se tratará apenas das fontes em que se inspirou o direito brasileiro para a construção da ideia de serviço público, mas também das fontes que ainda podem exercer, por uma série de fatores, influência quanto ao desenvolvimento do tema e aos rumos que ele seguirá. Por isso, a análise inicia-se na França, passando pela União Europeia, ainda que com breves considerações, chegando aos Estados Unidos da América.

Antes, porém, é preciso situar os temas que serão debatidos, a fim de alcançar maior compreensão da influência exercida pelas tradições citadas sobre o Brasil. O embrião da ideia de serviço público não surge na França, sendo perceptível anteriormente em outros locais.

Nesse sentido, os primórdios da ideia de serviço público encontram-se no instituto da liturgia, na Grécia Antiga, que significava atividade prestada ao povo ou pelo povo. As liturgias eram disponibilizadas por detentores de grandes fortunas, titulares das atividades, e não pelo poder organizado em forma de Estado. Tem-se aqui um antecedente da noção de serviço público, mas com um traço distintivo marcante em relação à concepção que se tornará clássica, consistente na ausência de titularidade estatal<sup>5</sup>.

Ainda em termos remotos, é possível identificar nas banalidades do período feudal o elemento bruto que, mais tarde, servirá de matéria prima para lapidação da noção clássica de serviço público. Essas banalidades consistiam em atividades que os senhores feudais disponibilizavam, de modo contínuo, aos seus súditos, os quais deveriam obrigatoriamente utilizar esses serviços mediante o pagamento de uma taxa predeterminada<sup>6</sup>.

Posteriormente, com a unificação dos feudos em Estados monárquicos, ao longo da transição do período feudal para o absolutismo, o rei passou a ter a titularidade de atividades destinadas à satisfação de interesses do reino. As atividades prestadas pelo soberano, unicamente por o serem, eram denominadas de serviço do público ou da coisa pública<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 17.

<sup>6</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 27 – 28. Com maior profundidade, abordando as especificidades do período feudal, ver: BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Trad. Emanuel Lourenço Godinho. Lisboa: Edições 70, 2012. Conferir, também: BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal: do ano 1000 à colonização da América**. São Paulo: Globo, 2006.

<sup>7</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 18.

Assim, os serviços prestados pelo poder organizado se referiam mais à vontade e interesse do rei em disponibilizá-los do que propriamente ao atendimento dos interesses dos súditos<sup>8</sup>. Como exemplos de atividades titularizadas pela Coroa, podem-se citar as estradas e o serviço postal<sup>9</sup>. Contudo, essas tarefas não eram o traço característico desse período, no qual o Estado se justificava pela força (ou pela soberania em si), tanto que as competências públicas decorriam da ampliação da concepção de poder de polícia<sup>10</sup>.

Como resposta a este paradigma sobreveio o Estado de Direito, inicialmente com feição liberal<sup>11</sup>. Esse fenômeno se manifestou com uma série de peculiaridades em cada lugar no qual foi deflagrado, mas com o traço característico de submissão de todos, irrestritamente, à lei. Em determinadas tradições esse direito limitador do poder estatal foi constituído como próprio de tais órgãos e entidades, de modo a derogar e exorbitar o direito comum. Em outras não houve a constituição de um direito especial do Estado, sendo o mesmo direito comum (ou o mais próximo disso). Depois, em ambas as tradições existem variações importantes<sup>12</sup>.

Aqui nos interessa, em especial, a maneira como essa transição paradigmática ocorreu na França, ocasionada pela Revolução Francesa (1789 – 1799). Isso porque esse país é o berço da concepção clássica de serviço público, a qual, por sua vez, decorre dos ideais

<sup>8</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de derecho administrativo**. v. 2. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000. p. 301.

<sup>9</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 30.

<sup>10</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20 – 21.

<sup>11</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 28.

<sup>12</sup> O direito administrativo que surgiu e foi sistematizado na Europa continental é contraposto ao direito oriundo do sistema da *common law* aplicável ao Estado. O direito administrativo continental é marcado pela existência de normas exorbitantes e derogatórias do direito privado, tratando-se, portanto, de um direito próprio da Administração Pública e, também, do Estado. Internamente, essa tradição possui variações importantes, acentuando-se ainda mais o regime díspar de regras incidentes sobre as relações jurídicas do Estado. Na França, por exemplo, há uma jurisdição específica, diversa da ordinária, com competência para resolver os conflitos envolvendo o Estado. Por sua vez, nos sistemas de *common law*, vigente, por exemplo, nos Estados Unidos da América e em países da comunidade britânica, o direito aplicável ao Estado deveria ser o mais próximo possível do direito comum, de modo que inexistiriam regras exorbitante e derogatórias das normas aplicáveis aos particulares e, muito menos, uma jurisdição diversa. Em razão disso, em 1885, Dicey afirmou que na Inglaterra inexistia direito administrativo, porquanto não havia distinção entre normas aplicáveis a particulares e a funcionários. De todo modo, atualmente, não há identidade absoluta, nessa tradição, das normas aplicáveis aos particulares e ao Estado e, também, a literatura relativa ao direito administrativo já é desenvolvida com certa autonomia em países como EUA e Inglaterra. Sobre o tema, ver: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 34 – 35. Ver, ainda: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 15-16. Esse autor faz a ressalva de que mesmo na *common law*, tanto na versão original inglesa quanto na versão híbrida norte-americana, existiam (e ainda existem) regras que exorbitavam o direito comum em favor do Estado, citando como exemplo a ideia de irresponsabilidade civil do Estado, só superada em meados do século XX. No mesmo sentido, RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 18 – 24. Também: \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 78 – 100.

revolucionários, sendo simultaneamente por eles fundamentada e influenciada. Embora, como mencionado acima, a ideia bruta de serviço público exista há muito tempo.

Na primeira metade do século XIX, percebia-se com clareza a separação entre sociedade e Estado. Dessa forma, não se questionava a ação do Estado na economia, pois se tratavam de atividades que eram vistas como inerentes ao Estado, que as prestava revestido de suas prerrogativas. Nessa época, as atividades estatais resumiam-se à produção de lei, aplicação da justiça, à defesa, à segurança e à prestação de serviços de saúde e educação<sup>13</sup>.

Apesar de a Revolução Francesa remeter ao final do século XVIII, foi apenas na segunda metade do século XIX que se consolidou a concepção de Estado de Direito nesse país. O advento do novo modelo trouxe consigo, sendo justamente essa a sua principal característica, a ideia de limitação do poder pelo direito. Assim, os governantes e demais autoridades públicas passaram a se submeter ao ordenamento jurídico (isto é, a um conjunto de normas gerais e abstratas)<sup>14</sup>. A partir desse período histórico que se torna possível falar em direito administrativo, porquanto corresponde ao momento em que a atividade de gestão do Estado passa a se submeter a um conjunto, ordenado ou não, de normas jurídicas<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 227.

<sup>14</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 27. Ressalte-se que há posicionamento doutrinário no sentido de que configura erro histórico a associação do direito administrativo à Revolução Francesa, por discordar-se de que esse evento gerou como produto o Estado de Direito e a separação dos poderes. No entanto, embora seja possível concordar com a afirmação de que a pauta de direitos individuais e da limitação do Estado ao direito tratou-se de uma construção retórica para fundamentar as práticas do regime anterior, é necessário perceber que, ainda assim, nesse período histórico é que, por legislações, começa a ser possível falar sobre um direito administrativo propriamente dito. Logo, concorde-se ou discorde-se dos fundamentos pelos quais se assevera que o direito administrativo (ou, como preferem alguns partidários desse posicionamento, o direito da administração) surgiu, é fato que o seu nascimento como ramo autônomo do direito remete ao momento posterior à revolução francesa e o surgimento do Estado de Direito e, a partir daí, vem se desenvolvendo, aproximando-se e readequando-se aos postulados básicos do paradigma citado. Nesse quadrante, Vasco Manuel Dias Pereira da Silva afirma que apenas pouco a pouco o direito da administração foi transformando-se em direito administrativo. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 37.

<sup>15</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 33 – 34. No ponto, a autora esclarece que nas primeiras décadas no século XIX começou a se formar o direito administrativo. Isso aconteceu, inicialmente, a partir da edição de normas reguladoras da atividade administrativa, tal como uma lei francesa de 1800 (a *Loi* de 28 do *Pluviose* ano VIII) que disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa com base na hierarquia e na centralização; depois, em razão das concepções político-institucionais que afloravam criou-se nessa época um ambiente propício ao surgimento de uma série de normas jurídicas norteadoras do exercício dos poderes estatais, porquanto voltadas claramente à limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim, na visão desta autora, as ideias relativas ao Estado de Direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. Do mesmo modo, e contribuindo sobremaneira, a teoria da separação dos poderes, com a atribuição da função executiva a um setor estatal específico, facilitou a formação de um ramo do direito voltado à Administração Pública. Em seguida, já a partir de 1814, começam a surgir, primeiro na Itália e na França e, em seguida, em outros locais da Europa continental (Espanha, Portugal e Bélgica), como reflexo da individualização da matéria, os primeiros manuais de direito administrativo, contendo tentativas de sistematização do tema. No mesmo sentido, TÁCITO, Caio. Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. In: **Revista de Direito**

Na França, o elemento justificador, inicialmente, da concepção deste modelo de Estado – democrático de direito, instaurado a partir da III República – e, depois, do direito administrativo, será a noção de serviço público, desenvolvida como resposta à ideia de soberania e poder (*puissance publique*) então imperante. Propagou-se, assim, a concepção de que o Estado moderno deveria existir, basicamente, para prestar serviços aos administrados<sup>16</sup>.

A força-motriz dessa linha de raciocínio, que firma as raízes ideológicas do serviço público, estava calcada no entendimento de que a rejeição a privilégios impunha a exclusão de corpos intermediários da sociedade (igrejas e associações, por exemplo). Essa concepção radicava-se na ideia de que somente o Estado poderia ser o instrumento de coesão social<sup>17</sup>.

---

**Administrativo.** n. 212. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun., 1998. p. 01. Por outro lado, abordando o surgimento do direito administrativo com base em outras premissas, é importante ver: OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p. 271. Nessa mesma esteira: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 09 - 22. Este autor discorda, fundamentalmente, da afirmação de que o direito administrativo surgiu com a Revolução Francesa como, de um lado, a expressão da limitação do poder estatal pela lei e, de outro, como possuidor da finalidade de proteção dos direitos dos particulares. Isso porque, em sua visão, o direito administrativo, como ramo autônomo, tinha o propósito de impedir que os tribunais judiciais franceses, por hostilidade aos revolucionários, limitassem a atuação da nova autoridade administrativa. Nessa linha de raciocínio a referência à separação dos poderes se tratou de mera figura de retórica, de um pretexto, visando ao atingimento de uma finalidade, a saber: a ampliação da liberdade decisória da administração. Da mesma forma, não houve qualquer preocupação com os direitos dos particulares. Ademais, Paulo Otero assevera que o direito administrativo nasceu como direito da administração e não dos administrados. **Direito administrativo – relatório.** Coimbra: Almedina, 2001. p. 227. Sobre o surgimento do direito administrativo Francês, ver, ainda: RIVERO, Jean. **Direito administrativo.** Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 25 – 34. O autor divide a evolução, fundamentalmente, em três fases, a saber: o antigo regime, a obra da Revolução e a obra do ano VIII, tratando, também, dos fatores de evolução e mencionando a transição do Estado Liberal para o Social, bem como as consequências das revoluções técnicas e científicas dos séculos XIX e XX.

<sup>16</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu.** São Paulo: Dialética, 2003. p 11, 19 e 28 – 29. Logo após a Revolução Francesa (1789 – 1799), no início do século XIX, era adotada, como fundamento do Estado, a teoria da autolimitação subjetiva, calcada na dicotomia público-privado. Segundo essa teoria, o Estado seria ora o titular da autoridade (*puissance publique*), ora uma pessoa civil, desprovida de prerrogativas. Dessa teoria derivou a concepção de atos de autoridade e de atos de gestão. Na segunda metade do século XIX, inicialmente, no âmbito jurisprudencial, com o caso *Blanco* (que será relativizado após o julgamento do caso *Terrier*), e, depois, no âmbito doutrinário, com as ideias de Durkheim, bem como, já no início do século XX, com as de Duguit, construiu-se a teoria da solidariedade social (recepção pelos membros da III República), cuja expressão jurídica seria a teoria do serviço público, que substituiu a teoria precedente. Vale ressaltar que a crítica da teoria da autolimitação se iniciou com o processo de crescimento do intervencionismo estatal por meio dos serviços públicos. A rigor, a mesma circunstância que produziu o desprestígio jurisprudencial da noção de serviço público, traduzindo-se na primeira crise do instituto, foi, ao mesmo tempo, responsável pelo seu ressurgimento, alçando-o à condição de noção base de uma teoria do Estado. Conferir, ainda: GUÉRAUD, Luc. **História das instituições públicas.** Trad. Tenile Mascolo Gil. In: COSTA, Thales Morais (coord.). **Introdução ao direito francês.** v. 1. Curitiba: Juruá, 2009. p. 57 – 104. Neste texto, expõe-se um interessante apanhado do desenvolvimento histórico das instituições públicas francesas, desde o período da monarquia feudal até a estabilização republicana, passando pelo período revolucionário e pós-revolucionário. Sobre a recepção da ideia de solidariedade social pelos membros da III República, conferir: RAINAUD, Jean Marie. **La crise du service public français.** Paris: PUF, 1999. p. 4 – 5.

<sup>17</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos.** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 75.

O cenário em que sociedade e Estado estavam claramente divididos (Estado Liberal) modifica-se na segunda metade do século XIX, sobretudo pelos reflexos da Revolução Industrial, e o Estado assume a face de prestador de benefícios a indivíduos por meio de variadas formas. Esses benefícios tinham natureza social, econômica e cultural. É o período da execução de projetos ferroviários, do oferecimento de eletricidade e água canalizada, dentre outros. Nesse momento, iniciam-se os debates, jurisprudenciais e doutrinários, acerca da noção de serviço público<sup>18</sup>, inserindo-se aqui as abordagens dos subitens 2.1.1 e 2.1.2.

Pela convergência de uma série de fatores o resultado desses debates estendeu-se para grande parte da Europa e, depois, para países da América Latina<sup>19</sup>. A força que marcou a ideia de serviço público foi abalada no século XX pela constatação de ausência de universalidade do conceito, decorrente do desenvolvimento dos serviços públicos industriais e comerciais<sup>20</sup>.

As principais causas disso concernem à transição do modelo de Estado Liberal para o de Estado Providência e, posteriormente, ao avanço em direção ao Estado de Bem-Estar Social, sobretudo após a ocorrência do segundo conflito mundial. Essa transição acontece, principalmente, por força da identificação da incapacidade de o modelo liberal atender, sem intervenção prestacional, às demandas de interesse coletivo<sup>21</sup>.

Ademais, ocorreram dois grandes conflitos mundiais, que ensejaram a ampliação das competências do Estado. Com essa ampliação abarcou-se atividades que possuíam natureza bastante distinta das que eram de sua titularidade. Tais atividades até então pertenciam à iniciativa privada, que não as poderia oferecer ante ao seu empobrecimento e à sua incapacidade de realizar grandes investimentos<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 228. Ressalte-se que, embora o início da revolução industrial remeta ao período entre 1780 e 1800 (e até mesmo, dependendo do historiador, ao século XIII, XVI e XVII), a influência desse evento só foi entendida por volta de 1840. A influência sobre o conceito de serviço público se deu depois dessa assimilação. Sobre o ponto de partida e influência da Revolução Industrial na sociedade, ver: HOBBSAWM, Eric J. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. **A era das revoluções: 1789 – 1848**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003. p. 49 – 52.

<sup>19</sup> Pelo pensamento de Duguít, a noção francesa de serviço público foi difundida a países como Espanha, Alemanha e Itália, ainda que cada sistema possua suas peculiaridades. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 11. Contribuiu para isso, a influência cultural e ideológica da Revolução Francesa, bem como a força militar da França napoleônica. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 76.

<sup>20</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 38 – 40.

<sup>21</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 62 – 66. Aqui, parte-se do pressuposto de que a ampliação da ação do Estado no domínio econômico se deu de maneira gradativa, denominando-se o modelo que identifica os primeiros passos nesse sentido, em superação ao modelo estritamente liberal, como “Estado-Providência”, que, posteriormente, culminou no modelo de “Estado de Bem-Estar Social”.

<sup>22</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 12.

Em seguida a esse aumento das competências estatais, que enfraqueceu o conceito de serviço público, sobreveio um período de enxugamento das atribuições do Estado por meio da devolução à iniciativa privada das atividades avocadas. Esse fenômeno foi decorrência, de um lado, da crise financeira (fiscal) que o modelo de Estado de Bem-Estar Social experimentou<sup>23</sup> e, de outro, da restauração do poder econômico da iniciativa privada.

É nesse contexto que está inserida parte do conteúdo do ponto 2.1.3, no qual são abordadas as crises conceituais que atingiram a ideia de serviço público. O resultado dessas crises conceituais foi a alteração da noção clássica de serviço público, desenvolvendo-a no sentido de adequá-la à realidade em que estava inserida, conforme se verá no item 2.2.

O cenário das crises conceituais incidentes sobre a noção de serviço público é completado pelas discussões, iniciadas por volta de 1980, acerca da ideia de serviço de interesse econômico geral (SIEG), a qual, no entanto, já era referida no Tratado de Roma de 1957 (art. 90, §2º). A ideia de serviço de interesse econômico geral, surgida no âmbito da União Europeia, teria afetado a noção de serviço público em razão dos relevantes pontos de contato que essas concepções possuem. No item 2.3 serão analisados esses pontos de contato.

Àquela mencionada influência, e mesmo ao debate concernente às sucessivas crises conceituais por que passam os serviços públicos<sup>24</sup>, permaneceu alheio os Estados Unidos da América. Isso é consequência do desenvolvimento de um arcabouço teórico próprio acerca da conceituação que aborda de forma equivalente o fenômeno em tela<sup>25</sup>. Nesse cenário é que se insere o item 2.4 deste trabalho.

## 2.1 O surgimento e o desenvolvimento da noção clássica de serviço público francês

Esse subcapítulo será destinado ao estudo da noção francesa clássica de serviço público. Assim, começará pela análise do surgimento das ideias relativas ao tema no âmbito da jurisprudência (2.1.1). Depois, seguirá pela verificação dos conceitos desenvolvidos no

<sup>23</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 40 - 41.

<sup>24</sup> No ponto, é válido referir que, para Almiro do Couto e Silva, a ideia de *public utilities* do direito norte-americano, é um dos fatores da crise conceitual que assola a concepção de serviço público, sobretudo a partir da onda neoliberal instaurada no final do século XX. SILVA, Almiro do Couto. *Atividade econômica e serviços públicos*. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 234.

<sup>25</sup> Parte disso é decorrência da concepção refratária ao direito administrativo, bem como da exacerbação das liberdades individuais e da livre iniciativa, na tradição norte-americana. A propósito, embora a América do Norte seja composta ainda por outros países independentes – México e Canadá –, o termo “norte-americano” (e as possíveis variações), neste estudo, será referência aos Estados Unidos da América, tão somente. Essa mesma conduta, salvo menções expressas em sentido contrário, será praticada, quando se falar em *common law*, que indicará estritamente o modelo operante nos EUA.

âmbito da Escola Francesa de Serviço Público com base no pensamento dos principais autores que a representa (2.1.2). Ao final, serão observadas as crises conceituais pelas quais passou o instituto, colimando-se as suas principais causas (2.1.3).

### 2.1.1 O serviço público na jurisprudência francesa clássica

Neste ponto do estudo serão analisados os principais julgados que forjaram a definição clássica de serviço público na França. A finalidade dessa abordagem é demonstrar os primeiros passos em direção à sistematização do conceito em questão. As decisões que serão observadas atribuíram à ideia de serviço público determinado sentido, relativos ao caso concreto correspondente, influenciando a construção do seu conceito e as consequências daí decorrentes.

A rigor, o estudo do tema pelo enfoque ora proposto, costumeiramente, trata de dois julgados, em decorrência da importância que possuem, a saber: o *arrêt Blanco* e o *arrêt Terrier*. Ressalte-se que a relevância do primeiro julgado é relativizada por parcela da doutrina francesa, seja porque a expressão “serviço público” usada na época era desprovida de sentido específico, seja porque muitos outros julgados precedentes já afirmavam que a responsabilidade civil do Estado deveria estar submetida a regras de direito público<sup>26</sup>.

De todo modo, e partindo do pressuposto de que de fato se constituem em decisões bastante importantes para a formação e desenvolvimento subsequente da noção de serviço público francês, esses mesmos julgados serão o objeto principal desse subitem. Ademais, é válido recordar que foram os primeiros a utilizar a noção de serviço público com o escopo de delinear as fronteiras do direito administrativo<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> É o que afirma, com base nas lições de Jean de Soto e Michel Paillet: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 96. Nessa esteira, dentre outros, citam-se julgados como *Rothschild* (1855), *Cercassone* (1858), *Bautry* (1861) e *Dekeister* (1862). O primeiro refere-se ao extravio de uma carta contendo diamantes de valor. A perda se deu por culpa do funcionário do serviço postal de Paris, que remeteu a correspondência outra pessoa. A decisão menciona serviços públicos. O segundo trata de perda de carta. No terceiro, enfrentou-se a questão de ferimentos causados em um cavalo, ocasionados pela colisão entre a charrete puxada pelo animal e um veículo de equipamentos militares. O último julgado mencionado também trata de perda de carta com valores. Em todos esses julgados, que derivam de ações contra o Estado por danos, se afirmou que a Administração Pública é regida pelo direito administrativo quando desempenha serviço público. MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 100 – 113, jul./set. 1992. p. 102.

<sup>27</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26 – 43. A autora corrobora a assertiva acima, ao abordar os aspectos da formação e evolução da teoria clássica dos serviços públicos, iniciando pela afirmação jurisprudencial dos serviços públicos como critério de definição do direito administrativo, sob o enfoque da jurisdição competente para julgar os conflitos correspondentes, e depois tratando do desenvolvimento teórico do tema no âmbito da Escola Francesa do Serviço Público.

A compreensão da importância dessas decisões nos primeiros debates acerca do conceito de serviço público na França perpassa pelo entendimento de que há, principalmente a partir delas, uma série de efeitos práticos imediatos decorrentes da identificação de determinada atividade como serviço público.

Dentre esses efeitos imediatos está o estabelecimento da jurisdição competente para conhecer e julgar os conflitos concernentes à atividade (ainda que, como se verá adiante, não seja mais o único, nem o mais importante critério). Com a finalidade de delimitar o âmbito de competência da jurisdição administrativa começaram as discussões jurisprudenciais em torno da construção da teoria do serviço público<sup>28</sup>.

Doutrinariamente, o debate que se seguiu tinha o mesmo objetivo de delimitar o direito administrativo a partir da ideia de serviço público e, conseqüentemente, definir a competência da jurisdição administrativa. Conforme se demonstrará em momento oportuno no presente estudo, a teoria do serviço público também serviu (e ainda serve) para a adaptação do direito administrativo às transformações pelas quais passou (e ainda passa) o Estado.

A discussão do caso *Blanco* se deu em torno do pedido formulado em favor da menina Agnès Blanco, que, ao ser atropelada, 03 de novembro de 1872, por vagões de uma empresa que integrava a Administração Pública (a Companhia Nacional de Manufatura do Fumo), teve a perna amputada. Em razão disso, foi proposta ação indenizatória, a qual desencadeou um conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado (cúpula da jurisdição administrativa) e a Corte de Cassação (cúpula da jurisdição comum), que foi solucionado pelo Tribunal de Conflitos<sup>29</sup>.

Na oportunidade, o Tribunal de Conflitos entendeu que os danos causados por pessoas empregadas no serviço público (no caso, pessoas pertencentes à Administração Pública)

<sup>28</sup> Ressalte-se que, antes do julgamento do caso *Blanco*, existiam, basicamente, três critérios de para determinar a competência da jurisdição administrativa, quais sejam: (a) o critério negativista; (b) o critério do Estado-devedor; (c) o critério dos atos de império (daí a dicotomia, interna à ideia de atos da administração, entre atos de império e atos de gestão). Vale lembrar que a separação entre a jurisdição administrativa, competente para conhecer e julgar ações nas quais o Estado fosse parte, e a jurisdição comum, competente para resolver conflitos entre particulares, surgiu com a Revolução Francesa de 1789. Na ocasião, a força motriz da ideia de instauração de uma jurisdição dual estava consubstanciada na desconfiança dos revolucionários que recaía sobre os magistrados do antigo regime. O escopo dessa divisão jurisdicional era o impedimento de que o Poder Judiciário interferisse nos litígios envolvendo o Estado francês, impedindo ou dificultando a pauta oriunda do novo paradigma instalado. Sobre o tema, conferir: RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 157 – 162, tratando da origem da jurisdição administrativa na França e, depois, p. 187 – 200, tratando, primeiro, dos aludidos critérios, e, em seguida, especificamente da noção de serviço público como critério de definição da competência da jurisdição administrativa, do surgimento ao declínio. Estritamente sobre as razões que fundamentaram a instauração da jurisdição administrativa, ver: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 09-22.

<sup>29</sup> LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 15 – 21.



deveriam ser solucionados pela incidência das regras de direito público. Dessa maneira, diante da possibilidade de responsabilização civil do Estado, a competência para conhecer e julgar os conflitos correspondentes seria da jurisdição administrativa. No ponto, é válido referir que a noção de serviço público foi adotada como equivalente à Administração Pública<sup>30</sup>.

Esse julgamento foi o primeiro em que se mencionou a expressão “serviço público” (ainda que sob uma perspectiva exclusivamente orgânica<sup>31</sup>), atingindo notoriedade por ter sido exarada depois que o Conselho de Estado passou a ser independente em 1872. A notoriedade também decorreu do fato de a decisão não ser fundamentada em decretos que remetiam à teoria do Estado devedor<sup>32</sup>.

A importância da decisão em comento, que só foi reconhecida muito tempo após a prolação<sup>33</sup>, está consubstanciada em uma série de aspectos, dos quais destacam-se: (a) a indicação incipiente do critério orgânico de definição dos serviços públicos<sup>34</sup>; (b) o vínculo entre a noção de serviço público e a competência administrativa<sup>35</sup>; e (c) a determinação de que à responsabilidade civil estatal incidem as regras de direito administrativo, diversas, portanto, das normas aplicáveis às relações entre particulares por força do Código Civil<sup>36</sup>.

No que concerne a este terceiro aspecto, é preciso dizer que a real relevância do julgado está no fato de ter sintetizado em fórmulas concisas os princípios sobre os quais se estrutura o sistema francês de responsabilidade administrativa<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> LE MESTRE, Renan. **Droit du service public**. Paris: Gualino, 2005. p. 33.

<sup>31</sup> Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 229.

<sup>32</sup> MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 100 – 113, jul./set. p. 102. “Por que só a decisão Blanco repercutiu? Por dois motivos: a) foi emitida após o Conselho de Estado tornar-se jurisdição independente, com justiça delegada (1872); b) não mais aparece nas consideranda invocação do decreto de 26 de setembro de 1793, que atribuía somente à autoridade administrativa a decisão de pedidos que tendiam a fazer do Estado um devedor. O arrêt Blanco deixou de se referir a esse decreto, para fixar a competência da justiça administrativa, e vinculou essa competência à atuação do Estado na prestação de serviços públicos”.

<sup>33</sup> Sobre o tema, Monica Spezia Justen, com base nas lições de Vedel e Devolvé (VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. t. 1. Paris: PUF, 1992. p. 111), assevera que “o comissário de governo Georges Teissier teria sido o responsável pela descoberta do conteúdo do acórdão Blanco. Segundo esses autores o caso teria sido abordado tanto num livro de autoria de Teissier [Responsabilité de la puissance publique], de 1906, quanto nas conclusões de outro julgado, o Feutry, de 1908, em que o comissário invocou a decisão do caso *Blanco*”. Contudo, a própria autora salienta que existe entendimento no sentido de que a aludida revalorização se deu no caso *Terrier* (1903). JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 26. No mesmo sentido, CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997. p. 17.

<sup>34</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35 – 36.

<sup>35</sup> LE MESTRE, Renan. **Droit du service public**. Paris: Gualino, 2005. p. 33.

<sup>36</sup> LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 15

<sup>37</sup> PAILLET, Michel. **La responsabilité Administrative**. Paris: Dalloz, 1996. p. 4 – 5 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 96.

Por sua vez, no caso *Terrier* (06 de fevereiro de 1903), um sujeito, na cidade de Saône-et-Loire, havia prestado o serviço de caça as serpentes e, por isso, pretendia o recebimento da contraprestação correspondente. A entidade pública local tinha se comprometido a pagar por este tipo de serviço a todos aqueles que o exercessem, mas a verba destinada a esta finalidade se esgotou enquanto ainda havia pessoas executando a tarefa. Por conta disso, M. Terrier não recebeu a quantia correspondente à atividade exercida, assim como vários caçadores de cobras<sup>38</sup>.

No julgado, debatia-se fundamentalmente dois pontos, a saber: (a) a verificação de ser, ou não, a atividade prestada serviço público; e (b) a aplicabilidade do critério do serviço público aos serviços locais (elemento que não havia sido apreciado pelo caso *Blanco*<sup>39</sup>). Quanto ao primeiro, considerou-se que a atividade prestada era um serviço público. Quanto ao segundo, considerou-se que o critério do serviço público era aplicável aos serviços locais. Assim, deveriam ser processados perante a jurisdição administrativa os casos que envolvessem atividades locais caracterizadas como serviço público<sup>40</sup>.

Essa decisão reitera a importância do critério do serviço público como delimitador da competência da jurisdição administrativa. No entanto, sua maior relevância está consubstanciada no estabelecimento de que esse critério não é o único, existindo, paralelamente, o critério material (interesse público). Estabeleceu-se, ainda, que a definição da competência administrativa se daria mais pela forma de gestão da atividade do que propriamente pela presença do Estado<sup>41</sup>.

Logo, a definição da competência administrativa deveria ser aferida pela presença da Administração Pública (critério orgânico) somada à ocorrência de utilização de procedimentos exorbitantes ao direito comum ou pela gestão pública da atividade (critério formal), que se aplicaria a todos os serviços públicos. Esses serviços públicos, por sua vez, seriam definidos pela satisfação de uma necessidade pública (critério material) e não, obrigatoriamente, pela presença do Estado. Assim, a criação de um serviço público não

<sup>38</sup> LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 78 – 81.

<sup>39</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 26.

<sup>40</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36 – 37.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, tem-se o caso *Thérond* (04/03/1910). Na oportunidade, considerou-se serviço público a atividade de recolhimento de cães errantes e animais mortos, que foi exercida pelo Sr. Thérond em razão de contrato com a comuna de Montpellier. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 132 – 135.

implicaria na estruturação de um conjunto de agentes públicos, nem a estruturação de um conjunto de agentes significaria a existência de serviço público<sup>42</sup>.

Dessa maneira, era reconhecida a possibilidade de a Administração Pública atuar em condições de direito privado. Nessa hipótese, a jurisdição comum seria a competente para conhecer e julgar os conflitos decorrentes do exercício da atividade. As implicações dessa situação se acentuaram com o passar do tempo, quando o Estado começou a atuar sob o regime jurídico de direito privado em um número muito maior de atividades<sup>43</sup>.

Em resumo, o início da modificação da tese oriunda do caso *Blanco* ocorreu com o julgamento do caso *Terrier*, no qual o critério material foi reconhecido como definidor da competência da jurisdição administrativa. Ressalte-se que nesse acórdão foi fixado o entendimento segundo o qual o critério determinante para que os conflitos fossem resolvidos pelo órgão referido não seria apenas o de tratar-se de atividade de titularidade do Estado (critério orgânico), pois a isso deveria ser somada a presença de interesse público (critério material), que definiria o serviço público. Então, o critério determinante seria a gestão pública (critério formal) do interesse público<sup>44</sup>.

No caso *Blanco* havia se reconhecido a competência da jurisdição administrativa a partir de um critério estritamente orgânico, ou seja, seria suficiente a existência de um serviço da Administração Pública. Esse entendimento sofre uma modificação considerável, na medida em que, posteriormente, a jurisprudência, ao reconhecer a existência de serviços públicos industriais e comerciais, adicionou ao critério citado a exigência de que estivesse presente o exercício de poderes tipicamente públicos (*puissance publique*) para que a competência fosse da jurisdição administrativa<sup>45</sup>.

Isso se deu porque os processos envolvendo a categoria de serviços públicos industriais e comerciais foram atribuídos, em razão de seu regime jurídico

---

<sup>42</sup> Esse foi o início do declínio do critério do serviço público, já que se reconhecia a competência da jurisdição administrativa para casos em que se verificasse a existência de gestão pública de uma atividade, não simplesmente pelo caso envolver uma atividade de titularidade estatal, cujo regime poderia ser o de gestão privada. A partir desse acórdão, vários outros seguiram a teoria da “gestão pública e gestão privada”, segundo a qual se define a jurisdição competente pelo modo de gestão – regime jurídico – escolhido para um dado serviço. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 27 – 28.

<sup>43</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 187 – 200, tratando especificamente da noção de serviço público como critério de definição da competência da jurisdição administrativa, do surgimento ao declínio, e p. 498 – 501, abordando o regime jurídico dos serviços público industriais e comerciais.

<sup>44</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 26 – 28.

<sup>45</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administrative**. 14. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015. p. 24. A autora afirma que, atualmente, o regime jurídico de direito público é definido pelas teorias do serviço público e do exercício da soberania (*puissance publique*).

predominantemente de direito privado, à jurisdição comum, salvo as exceções que consistiam nas atividades em que houvesse a presença de prerrogativas públicas. Em face disso, os limites do direito administrativo, mormente no que tange à competência jurisdicional, passaram a ser definidos pela noção de serviço público (em perspectiva orgânica) em conjunto com a de *puissance publique*<sup>46</sup>, bem como, em paralelo, pela gestão pública do interesse público.

### 2.1.2 A Escola Francesa de Serviço Público (A Escola de Bordeaux)

A Escola Francesa de Serviço Público, ou a Escola de Bordeaux, influenciou grande parte do pensamento europeu continental acerca da noção conceitual de serviço público. No âmbito dessa tradição, sobressaem Léon Duguit e Gaston Jèze, cujas contribuições foram decisivas à construção da noção de serviço público no âmbito dos países que sofreram a influência do direito administrativo europeu continental.

Apesar disso, não se pode desmerecer, por exemplo, Maurice Hauriou (opositor da Escola do Serviço Público<sup>47</sup>), Roger Bonnard (adepto de uma concepção orgânica de serviço público<sup>48</sup>) e Louis Rolland (desenvolvedor dos princípios que regem o serviço público, formando o seu regime jurídico), bem como outros pensadores que fizeram parte da referida Escola<sup>49</sup>. Ocorre que Duguit e Jèze são referências necessariamente citadas quando o assunto

---

<sup>46</sup> Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 233.

<sup>47</sup> No âmbito deste estudo não será realizada uma incursão no pensamento de Maurice Hauriou. Porém, ao longo do texto serão feitas referências esparsas a determinados aspectos de suas ideias sobre serviço público e à forma como contribuiu para o desenvolvimento do tema.

<sup>48</sup> Ao lado de Duguit e Jèze, que, respectivamente, desenvolveram os critérios material e formal de identificação do serviço público, Roger Bonnard desenvolveu seu pensamento acerca do conceito de serviço público calcado em uma concepção orgânica (subjetiva). Por isso, a ideia que esse autor tem sobre o tema é pouco precisa e bastante ampla. Para Bonnard no conceito de serviço público estão inseridas as atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais. O serviço público seria o conjunto de órgãos que forma a estrutura do Estado. Sob a perspectiva estritamente administrativa, o serviço público é o sujeito que exerce a função administrativa, a qual poderia ser regida pelo direito administrativo ou não. BONNARD, Roger. **Précis de droit administratif**. 2. ed. Paris: Sirey, 1935. p. 1, 4, 11 e 235 *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 38.

<sup>49</sup> Além dos já citados Duguit, Jèze, Bonnard e Rolland, filiou-se, dentre outros ainda, à Escola Francesa do Serviço Público André de Laubadère. Este último autor, que pela importância atribuída ao critério formal se aproxima do pensamento de Jèze, ao se valer da concepção clássica de serviço público, calcada nos critérios orgânico, formal e material, assevera que o Estado é livre para criar ou extinguir um serviço público conforme as necessidades do momento, sendo o domínio do serviço público essencialmente contingente. A partir disso, o critério fundamental do serviço público é a vontade dos governantes, correspondente à concepção subjetiva de serviço público. Depois, ao tratar da maneira de identificação de uma atividade como serviço público, menciona que os critérios objetivos não são absolutos, constituindo-se em indícios relevantes da intenção dos governantes. LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. 8. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967. p. 19 – 29.

é serviço público, por serem os primeiros a sistematizar e a desenvolver as linhas mestras sobre o tema, em direção ao que é a noção clássica de serviço público.

Esse ponto do trabalho destina-se à apresentação, em linhas gerais, das principais ideias desses dois autores sobre o assunto em questão, descrevendo a maneira como a concepção de cada um deles influenciou a construção e o desenvolvimento da noção de serviços público. Tal descrição será importante para a compreensão de alguns traços característicos que o conceito apresenta hoje.

Léon Duguit (1859 – 1928) foi um dos primeiros pensadores a tratar do tema, sendo considerado o fundador da Escola Francesa do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux. A preocupação central desse autor consistia em desenvolver um fundamento que substituísse a ideia de soberania como noção justificadora do Estado<sup>50</sup>. A rigor, seus objetivos e concepções estavam fortemente calcados na origem de seu pensamento, que remonta a Auguste Comte e a Émile Durkheim<sup>51</sup>.

Nesse sentido, o autor encontrou na ideia de serviço público, em certa medida já existente no direito francês<sup>52</sup>, o que procurava. O conceito desenvolvido tinha relação com a própria noção de Estado, o qual consistiria, a rigor, em um conjunto de serviços públicos.

<sup>50</sup> Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.p. 228 – 229. No mesmo sentido, CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 39. O autor aduz que: “Duguit entendia que a concepção de soberania possibilitava uma atuação ilimitada por parte do Estado, o que seria inadmissível. A justificação do Estado a partir da soberania não estabelece sanções para o descumprimento de duas regras fundamentais, a saber: (I) os que detêm o Poder não podem realizar certas coisas e (II) os que detêm o poder devem realizar certas coisas. O Estado empedernido somente da noção de soberania não poderia resolver essas duas questões. Inexistiria garantia aos indivíduos sobre a incidência de sanções relativas à desobediência de tais regras”. O autor francês aborda o tema especialmente em: DUGUIT, Léon. **Leçons de droit public general**. Paris: E. de Boccard, 1926. p. 113 – 116.

<sup>51</sup> Duguit, ao tratar da solidariedade ou interdependência social, vale-se das lições de Durkheim (*Division du travail social*, 1893); já de Auguste Comte (*Politique positive*, 1890), Duguit extrai a noção de direito fundada na ideia de dever. A partir disso, assevera que todo o indivíduo é obrigado pelo direito objetivo, o qual, por sua vez, só é legítimo na medida em que permita aos seus destinatários desenvolver a solidariedade social. Assim, sendo todo o indivíduo obrigado pelo direito objetivo a cooperar com a solidariedade, resulta que ele tem o direito de praticar todos os atos que cooperam com a solidariedade social, afastando, por outro lado, todos os obstáculos à realização de seu papel social. A regra do direito, então, obriga cada homem a cumprir o seu papel social. O homem em sociedade tem direitos, mas esses direitos são poderes instrumentais ao cumprimento de suas obrigações sociais, e não prerrogativas. Os direitos do homem estão, portanto, fundamentados e limitados, ao mesmo tempo, pelo desempenho das obrigações a que os indivíduos estão sujeitos. Afasta-se, com isso, da ideia de direito natural e individual. DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 41 – 44. Acerca das convergências e divergências entre o pensamento de Duguit e Durkheim, ver: REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 440 – 433.

<sup>52</sup> Lembre-se dos julgados do Conselho de Estado e do pensamento Hauriou, no qual já constava menção a noção de serviço público como atividade prestacional do Estado. O pensamento desse autor é marcado pela alternância entre a atribuição de maior importância à noção de serviço público (meio) e a de *puissance publique* (fim) como fundamento do direito administrativo e critério de competência jurisdicional. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 40 – 43.

Logo, é possível dizer que o pensamento de Duguit sobre o tema situa-se no âmbito do direito constitucional e da teoria geral do estado, dado que tem a finalidade de explicar a natureza jurídica do Estado em conjunto com o seu elemento justificador, substituindo a noção de soberania, então imperante (e sistematizada nas teorias de Ihering e Jellinek), pela noção de serviço público<sup>53</sup>.

A noção de serviço público está fortemente calcada na ideia de solidariedade e interdependência social, porquanto serviria, justamente, para atender às necessidades dos indivíduos, o que, por sua vez, justificava a própria existência do Estado<sup>54</sup>. De acordo com Duguit, o serviço público seria toda a atividade cujo cumprimento devesse ser regulado, fiscalizado e mantido pelo governante, em razão de sua indispensabilidade para a realização e desenvolvimento da interdependência social<sup>55</sup>.

A rigor, só dois critérios são identificados no conceito de serviço público de Duguit. O primeiro é o critério estritamente material, que está vinculado à indispensabilidade à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. O segundo é o critério orgânico, que está consubstanciado na titularidade da atividade, sendo decorrência do primeiro.

Em razão da abordagem baseada estritamente no elemento material de identificação, torna-se absolutamente impossível, para Duguit, o desenvolvimento de um conceito geral de serviço público<sup>56</sup>, bem como a indicação *a priori* das atividades que seriam qualificadas como tal, porquanto sua definição se dá a partir do que for considerado, em cada lugar e época, como indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, a tal ponto de exigir que a atividade seja de titularidade da força governante<sup>57</sup>.

Do exposto, depreende-se, inicialmente, (a) que o conceito de serviço público desenvolvido por Duguit, de um lado, centra-se no âmbito do direito constitucional e da teoria

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 140 – 145. DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 651.

<sup>54</sup> Uma análise mais profunda do conceito de solidariedade e interdependência social em Duguit pode ser encontrada em: PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios**. Florianópolis: Obra jurídica, 1997. p. 15 – 36; também em: MORENO, Martín T. Ruiz. **Filosofia del derecho: teoría general e historia de doctrinas**. Buenos Aires: Guilherme Kraft, 1944. p. 353 e seguintes. Esse autor, inclusive, assevera que a solidariedade social consiste na coincidência permanente entre os fins individuais e sociais, de onde absorve seus caracteres e sua estrutura construtiva. A solidariedade é, portanto, a fonte da regra de direito, cujo conjunto forma o direito objetivo. Tal posicionamento foi criticado, no Brasil, por Miguel Reale, baseado em sua teoria tridimensional do direito. A propósito, ver: REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 434 – 454.

<sup>55</sup> DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 37.

<sup>56</sup> DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001. p. 34.

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 140 – 141.

do estado e, de outro, possui uma fundamentação vinculada ao positivismo sociológico; depois, (b) que o mesmo conceito é decorrente da incidência de um critério estritamente material, o qual, por sua variabilidade, impede uma enunciação de caráter geral. Assim, a noção de serviço público em Duguit é amplíssima e se refere a todas as atividades de competência do Estado, sendo que a competência é determinada pela incidência do variável critério material desenvolvido pelo autor.

Em razão dessa amplitude, a teoria de Duguit teve mais importância para o desenvolvimento de uma teoria alternativa à que explicava o Estado pela noção de soberania ilimitada, tanto que, como teoria jurídica, até hoje é criticada na França<sup>58</sup>, embora seja reconhecida a contribuição para o estabelecimento do conceito de serviço público, mormente em sua dimensão ideológica. A aplicação da teoria do serviço público, no âmbito da teoria geral do estado, introduziu a ideia de que o poder não é um privilégio, mas uma função cuja legitimação advém do exercício em proveito dos cidadãos, e não dos governantes<sup>59</sup>.

Gaston Jèze (1869 – 1953), por sua vez, buscou dar ao instituto contornos mais jurídicos do que sociológicos, deixando de definir os serviços públicos como atividades que deveriam ser asseguradas pelo Estado em razão da necessidade de manutenção dos liames sociais, para identificá-los como as atividades prestadas (direta ou indiretamente) pelo Estado sob o regime jurídico de direito público<sup>60</sup>.

Jèze concorda com Duguit, de quem fora discípulo, no que tange à importância da noção de serviço público. No entanto, para o primeiro, o conceito tem relevância na definição do direito administrativo e não, como pretendia o segundo, para a definição do Estado em si. Ademais, para Jèze, a Administração Pública tem como objetivo central a satisfação das necessidades sociais, valendo-se, para tanto, de procedimentos de direito privado e de direito público. A partir daí, assevera que a noção de serviço público é vinculada à segunda forma procedimental. Assim, para ele, o que define serviço público é o regime jurídico<sup>61</sup>. Trata-se, portanto, de um conceito de serviço público fundamentado no critério formal.

Nesse particular, percebe-se que a diferença fundamental entre as concepções de serviço público dos autores em comento está nas consequências práticas da definição de determinada atividade como serviço público. Em outras palavras, enquanto em Duguit todas

<sup>58</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33 – 35.

<sup>59</sup> MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 100 – 113, jul./set. 1992. p. 105.

<sup>60</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 83 – 84..

<sup>61</sup> JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. v. 2. Buenos Aires: De palma, 1949. p. 04.

as competências do Estado eram serviço público, em Jèze somente algumas das competências do Estado poderiam ser qualificadas como tal, sendo o regime jurídico de exercício da atividade o critério identificador<sup>62</sup>.

Com base nessa distinção, o autor entendia que as ações estatais que se servissem dos procedimentos de direito privado consubstanciar-se-iam em atividades de gestão administrativa, enquanto as atividades estatais que fossem prestadas por meio de um regime jurídico de direito público seriam serviços públicos<sup>63</sup>. Coerentemente ao seu posicionamento, Jèze assumia uma postura de contrariedade à definição, reconhecida pela jurisprudência do Conselho de Estado, dos serviços públicos comerciais e industriais, aos quais se aplicaria o regime jurídico de direito privado<sup>64</sup>.

Pode-se dizer que Jèze conceituava serviço público como um procedimento, dentre outros de que dispõe o Estado, para a satisfação das necessidades sociais. Segundo o autor, caracterizar determinada atividade como serviço público significa, em última instância, dizer que sobre ela incidem regras especiais. Do mesmo modo, dizer que sobre determinada atividade incide um regime jurídico de direito público equivale a qualificá-la como serviço público<sup>65</sup>.

Por conseguinte, mais do que consequência jurídica decorrente da definição de uma atividade como serviço público, o regime jurídico é o próprio elemento identificador de determinada atividade como tal. O critério, por conta dessa circunstância, é circular. Isso porque o serviço público seria a atividade estatal na qual incidissem regras de direito público (o serviço público se definiria por seu regime jurídico), que, por seu turno, somente poderiam incidir em atividades que fossem consideradas serviço público (o regime jurídico é consequência da definição de determinada atividade como serviço público).

---

<sup>62</sup> Foi justamente com base nessa premissa que Jèze, juntamente Louis Rolland, criticou o reconhecimento dos serviços públicos industriais e comerciais, porquanto o serviço público só se permite definir pelo regime jurídico de direito público a ele aplicável, ou seja, o critério decisivo na definição de serviço público é o formal (regime jurídico). É verdade, no entanto, que essa concepção de uma “teoria pura do serviço público” era reflexo do pensamento liberal que dominava o século XIX. Almiro do Couto. *Atividade econômica e serviços públicos*. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 230.

<sup>63</sup> JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. v. 2. Buenos Aires: De palma, 1949. p. 07.

<sup>64</sup> ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva. Dois conceitos de serviço público: Duguit e Jèze. In: CONTINENTINO, Marcelo Casseb; SANTOS, Marcos André de Couto; PEREIRA, André de Melo Gomes (Org.). **Estudantes**: caderno acadêmico – edição comemorativa. Recife: Nossa Livraria, 2007. p. 68.

<sup>65</sup> foi justamente a partir dessa linha de raciocínio que o autor teceu suas críticas ao tratamento dispensado ao tema pelo Conselho de Estado Francês. Foi por conta disso, também, que o autor mencionou que a grande dificuldade na definição de uma atividade como serviço público estava na ausência de declaração expressa pelos textos legislativos de que uma determinada atividade era serviço público. JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. v. 2. Buenos Aires: De palma, 1949. p. 09 - 11 e p. 18 – 19.



Outra questão, que permeia o pensamento de Jèze, é a dificuldade na identificação de determinada atividade como serviço público, o que seria decorrência da ausência, em vários casos, de uma declaração expressa dos textos legislativos sobre isso. Nessa hipótese, segundo ele, deve-se perquirir a intenção dos governantes<sup>66</sup>. Logo, para Jèze, não havia tarefas que, por sua própria natureza, não pudessem ser serviço público, pois essa definição dependeria das necessidades sociais identificadas pelos governantes.

No ponto, há, em certa medida, uma contraposição ao pensamento de Duguit, uma vez que este considerava, embora reconhecendo certa variabilidade local e temporal, que existiam atividades que seriam serviços públicos por sua própria natureza e, conseqüentemente, atividades que, também por sua natureza, não seriam serviços públicos. Jèze, contudo, pensava inexistir uma predefinição desse tipo, já que a constituição do que seria serviço público dependeria do que os governantes determinassem como tal por meio de atos legislativos atribuidores do regime jurídico especial a certas atividades, objetivando a satisfação das demandas sociais<sup>67</sup>.

De Jèze advém o critério formal de conceituação do serviço público, consistente em uma consequência jurídica (regime jurídico) decorrente da qualificação de determinada atividade como serviço público (ou com base na qual se qualifica determinada atividade como serviço público)<sup>68</sup>. De Duguit advém o critério material. Em ambos está pressuposto o critério orgânico (ou subjetivo).

Depreende-se do que foi dito até aqui que nenhum dos critérios desenvolvidos pelos autores mencionados é suficiente para, sozinho, definir, com contornos precisos, o que é serviço público. O critério material desenvolvido por Duguit torna o conceito de serviço público algo bastante amplo; o critério formal pensado por Jèze, embora restrinja um pouco a concepção de Duguit, é, também, muito amplo, além de ser circular.

A amplitude pode ser verificada nos objetivos de cada um dos autores, uma vez que o primeiro pretendia justificar a existência do Estado, enquanto o segundo visava à

<sup>66</sup> JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. v. 2. Buenos Aires: De palma, 1949. p. 18 – 19.

<sup>67</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 37. Segundo a autora, para Jèze, por sua adesão ao positivismo jurídico, a identificação do que seria serviço público se daria pelo que a lei determinasse ao enunciar o regime jurídico da atividade; já para Duguit, pela sua adesão ao positivismo sociológico, a identificação se daria pela própria realidade social.

<sup>68</sup> No pensamento desse autor é possível observar uma dupla dimensão do critério formal. De um lado, tal critério consistiria na identificação de um regime jurídico especial de determinada atividade, ou seja, pelo regime jurídico da atividade se identificaria o serviço público; de outro, seria um elemento constitutivo, isto é, o legislador poderia constituir, expressamente ou pela simples atribuição de um regime jurídico especial, um serviço público. Essa dupla dimensão, que pela ausência de disposição constitucional sobre o tema, possui pouca relevância na França, tem especial importância no Brasil, como se verá em momento oportuno.

fundamentação de todo o direito administrativo. Logo, as duas concepções isoladamente pouco dizem acerca do conceito de serviço público. Contudo, quando elas são analisadas em conjunto, fornecem um pouco mais de informações sobre o assunto, ainda que de forma insuficiente para a sua adequada compreensão.

Nessa esteira, poder-se-ia dizer que, no âmbito da Escola Francesa de Serviço Público, há três critérios que servem de base à conceituação dos serviços públicos, quais sejam: (a) o material (ou objetivo), (b) o orgânico (ou subjetivo) e o formal (regime jurídico). Como dito acima, é inviável a utilização de qualquer desses critérios, de forma isolada, pois o conceito decorrente seria bastante amplo, não solucionando o problema conceitual<sup>69</sup>. Na verdade, mesmo a utilização dos três critérios é insuficiente para uma definição precisa do que é serviço público, como se verá adiante.

### 2.1.3 As crises da noção conceitual clássica de serviço público

O estudo das crises pelas quais passou a noção clássica de serviço público é necessário, pois contribui para a visualização dos fatores que forjaram o atual conceito francês, auxiliando, ainda, na compreensão do significado do instituto. Isso porque as referidas crises têm relação direta com a evolução do Estado e as redefinições de suas competências e funções.

Além disso, as crises e desafios que marcam a noção francesa de serviço público são consequências das dificuldades de acomodação da construção clássica do instituto a novas realidades socioeconômicas, políticas e tecnológicas<sup>70</sup>. O que torna a compreensão dos fatores que conduziram a ocorrência das referidas crises algo determinante para o esclarecimento do atual significado do serviço público e sua operacionalidade no âmbito das competências e funções do Estado.

Essas circunstâncias já seriam suficientes para justificar a dedicação de um item do texto ao assunto. No entanto, a importância maior do enfrentamento deste tema está no fato de que as crises produziram alterações na noção clássica de serviço público francês, constituindo-se, portanto, na fase de pré-redefinição conceitual.

No ponto, é preciso estabelecer um pacto semântico acerca do que se entenderá por crise. Para os fins a que este trabalho se destina, entender-se-á por crise o momento de

<sup>69</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 47.

<sup>70</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 75.

transição por que passa determinado instituto jurídico, no bojo do qual não se consegue aferir com exatidão quais as hipóteses fáticas que ele visa a regular, em razão de constantes modificações estruturais que atingem seu patrimônio, limites e identidade, de tal forma que se torna impreciso. Trata-se de um momento em que não se consegue determinar com certeza se foi formado um novo conceito ou se simplesmente modificou-se o antigo<sup>71</sup>.

Foi o que ocorreu e ainda ocorre com o conceito de serviço público. Por conta disso, não se abordará o tema sob o enfoque da refutação das assertivas que sustentam a inutilidade do conceito de serviço público, nem pela perspectiva da averiguação de se o conceito passou por crises ou evoluções<sup>72</sup>. O conceito de serviço público, conforme se verificará ao longo deste estudo, mesmo considerando as crises pelas quais passou, não perdeu sua utilidade, sendo necessário para definir importante parcela da ação do Estado no domínio social e econômico.

Como premissa básica, tem-se que não há oposição entre as afirmações de evolução e crise conceitual do serviço público. Pela concepção adotada, a crise é a fase que precede a efetiva evolução dos conceitos, porquanto simboliza o momento em que o conceito existente não oferece, por uma série de fatores, respostas adequadas à realidade na qual está inserido, de modo que se torna necessário outro conceito (ou a alteração do existente), que, por sua vez, ainda não surgiu, ou não está plenamente operante.

A hipótese que se coaduna ao caso do serviço público parece ser a de que houve modificação do conceito existente, em razão da ausência de uma ruptura conceitual tão profunda que demandasse algo inteiramente diverso do que existia. Um indício do acerto dessa afirmação está no fato de que a modificação do conceito de serviço público se deu (e ainda se dá) de forma gradual e mantendo atualmente, de um lado, traços característicos oriundos da concepção clássica, e, de outro, traços oriundos das modificações imediatamente antecedentes.

---

<sup>71</sup> Sobre o tema, ver: HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardio**. Trad. José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999. p. 19 – 24. No mesmo sentido: KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 93 e seguintes.

<sup>72</sup> No ponto, é válida a lição de Dinorá Musetti Grotti, com base na leitura de Jean-Louis de Corail (*La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif français*) e de Eisenmann (*Cours de droit administratif*), no sentido de que foi afirmado, contemporaneamente à primeira crise conceitual do instituto, que, no direito administrativo francês, a noção de serviço público não tinha mais valor jurídico, devendo ser relegada a um valor histórico, por estar dissociada da realidade. Em oposição, determinados pensadores diziam que não existia crise, defendendo que, na verdade, o conceito havia evoluído. A evolução consistiria em uma interpretação atual do sentido e alcance dos elementos que o caracterizam. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 56 – 61.

De fato, a noção conceitual de serviço público, que sistematiza os três critérios definidos no bojo da Escola Francesa de Serviço Público, foi atingida, ao longo da história, por determinadas crises conceituais. A sistematização do tema não é uníssona, variando de acordo com os autores que enfrentam o tema<sup>73</sup>.

No entanto, as crises a que se faz alusão não afetaram o conceito de serviço público em si, e sim os critérios que formam a sua noção clássica, não sendo, exatamente por isso, tão profundas<sup>74</sup>. Dessa maneira, o conceito de serviço público em si nunca esteve em crise, alterando-se de acordo com as modificações impostas sobre os seus elementos constitutivos, os quais ao longo do tempo, ao adequarem-se à realidade<sup>75</sup>, tiveram amplitude e profundidade dimensionadas conforme o modelo de Estado, sociedade e mercado correspondentes.

Logo, ressalvadas as dificuldades de definição que a noção de serviço público carrega consigo, de forma inerente, desde o seu surgimento, pode-se dizer que as crises conceituais

---

<sup>73</sup> Observe-se que determinados autores abordam o tema sob a perspectiva da existência de duas crises conceituais. É o caso de Alexandre Santos de Aragão e Dinorá Musetti Grotti. O primeiro autor analisa o tema de modo simultâneo entre o Brasil e a França, indicando que os fatores de ocorrência das crises conceituais da noção de serviço público em tais ordenamentos jurídicos são coincidentes. A primeira crise seria consequência da ampliação da atuação, direta e indireta, do Estado na economia; ao passo em que a segunda teria relação com as reformas administrativas iniciadas em 1980, no âmbito das quais se buscava um redimensionamento do tamanho do Estado. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 229 – 235. A segunda autora analisa o tema sob o enfoque do direito francês, exclusivamente. Assim, a primeira crise seria relativa ao surgimento e evolução do conceito de serviço público, abarcando-se os períodos históricos de transição do modelo liberal para o social. Essa primeira crise, então, teria atingido, gradualmente, os três critérios de definição o serviço público. A segunda crise seria a da concepção atual de serviço público, teria se iniciado com o descrédito no modelo social de Estado e se desenvolvido nas discussões acerca do redimensionamento do tamanho do Estado (transição do modelo social para o neoliberal), sendo decorrência direta da devolução de uma série de atividades à iniciativa privada. Somado a isso, surge o direito comunitário europeu, que, de certa forma, gera embates entre o conceito de serviço público e a normas de livre concorrência. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 53 – 84. De certo modo, a concepção acerca da sistematização do tema entre os referidos autores não difere. Paralelamente, Régis Conrado busca uma sistematização diferente para o tema. Nesse sentido, o autor elenca quatro crises da noção de serviço público. A primeira relacionada ao critério orgânico e cujo surgimento se deu antes mesmo de se formar a Escola do Serviço Público. A segunda relacionada ao critério formal e devida ao reconhecimento da aplicação de regras de direito privado na regulamentação dos serviços públicos. A terceira relacionada à reforma do Estado que, segundo ele, não tem relação direta com a noção jurídica de serviço público, mas sim a discussão relativa ao papel do Estado na economia. A quarta relacionada à integração europeia. CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58 – 65.

<sup>74</sup> CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. **Revista do Serviço Público – RPS**, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34 – 57, set./dez. 1996. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/395/401>>. Acesso em: 20 out. 2015. p. 52 – 53.

<sup>75</sup> Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a crise é da noção metajurídica (elementos material e orgânico) de serviço público, ou seja, da relação do conceito de serviço público aos fatos. Assim, se os fatos se alteram, modificam-se os efeitos a eles imputados pelo legislador. Dessa maneira, nenhuma noção substancial pode manter exata correlação com determinado regime jurídico. A noção jurídica de serviço público só pode ser igual a um regime jurídico e, nessa perspectiva, nunca houve (nem pode haver) crise. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 168 – 169.

coincidem, em grande medida, com as crises pelas quais passou o próprio Estado moderno<sup>76</sup>. Por isso, nesta pesquisa, opta-se pela abordagem que relaciona as crises conceituais do serviço público aos momentos de transição paradigmática do Estado, nos quais determinados critérios que compõem o conceito foram redefinidos.

Ressalte-se que, no bojo do transcurso dos paradigmas instaurados, eventos específicos modificavam a concepção de serviço público, antecipando que ocorreria o processo de modificação. Assim, as transformações da noção em tela foram acontecendo gradualmente, rompendo-se, apenas, na modificação do modelo de Estado, que, da mesma forma, foi gradual.

Indica-se a existência de três crises conceituais incidentes na noção clássica de serviço público, sendo elas vinculadas a um dos elementos clássicos de sua definição. A primeira é relativa ao critério formal; a segunda concerne ao critério orgânico; e a terceira corresponde ao critério material<sup>77</sup>. A vinculação se dá por predominância, considerando que as crises atingem mais de um dos critérios que compõem o conceito clássico de serviço público.

Como visto acima, a concepção clássica de serviço público surge com a instauração do paradigma liberal de Estado. A noção de serviço público, então, conjugava com certa clareza os três critérios de definição. Logo, serviço público era uma atividade de interesse público titularizada pelo Estado e prestada em regime jurídico administrativo. A prestação poderia ser direta ou indireta, por meio de delegação a particulares.

Com a passagem do paradigma liberal para o social, o Estado passou a avocar uma série de atividades que tradicionalmente pertenciam à iniciativa privada<sup>78</sup>. A partir daí o

<sup>76</sup> Vale dizer, por óbvio, que, da mesma forma como as crises conceituais do serviço público, as crises do Estado variaram de local e época para local e época, ou seja, não aconteceram da mesma forma e no mesmo momento histórico em todos os Estados. Aliás, não aconteceram nem mesmo em igual proporção, atingindo cada Estado em certa dimensão, isto é, em alguns de forma mais ampla e, em outros, de forma mais branda. Essa circunstância, contudo, não invalida, nem diminui, a importância da análise do fenômeno, considerando que as crises relacionam-se diretamente aos modelos adotados e não a um momento histórico específico. Nesse sentido, ver: BOLZAN DE MORAIS, José Luís; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>77</sup> Discorda-se dos que indicam a existência de uma crise do critério orgânico, nascida junto à ideia de serviço público, remetendo ao período histórico antecedente à formação tanto da jurisprudência francesa que reconhecia o serviço público como critério de repartição de competência, quanto da formação da Escola do Serviço Público. Isso porque, na ocasião, sequer era possível falar em um conceito de serviço público minimamente sistematizado que pudesse sofrer uma crise conceitual. A causa da existência da suposta crise seria a possibilidade de prestação das atividades por particulares, o que tornaria o critério referido não absoluto. Ocorre que a ideia de prestação indireta, por meio de delegação, faz parte do conceito clássico de serviço público, o qual determina apenas que a titularidade do serviço deve ser do Estado.

<sup>78</sup> A propósito, ver: BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Esse autor aborda o tema sob um enfoque mais teórico-filosófico, demonstrando que a concepção de liberdade do liberalismo oriundo da Revolução Francesa conduzia a graves e irreprimíveis situações de arbítrio, sobretudo na esfera econômica, em que o trabalhador (parte mais fraca) era exposto aos mais diversos e brutais métodos de exploração, por força legitimadora da liberdade contratual. A igualdade

conceito clássico de serviço público foi abalado. As atividades avocadas eram prestadas sob o regime de direito privado, não se adequando, portanto, àquela noção de serviço público.

Nessa primeira crise, o elemento conceitual atingido foi o formal. Isso aconteceu em decorrência do reconhecimento dos serviços públicos industriais e comerciais, regidos por mecanismos de direito privado. Do ponto de vista funcional, a competência para a resolução dos conflitos envolvendo essas atividades foi atribuída à justiça comum, desenvolvendo-se a classificação que separa os serviços públicos administrativos dos industriais e comerciais<sup>79</sup>.

Em outros termos, com advento do Estado Social, mormente após a primeira guerra mundial (acentuando-se ao final da segunda guerra mundial), o Estado passou a exercer uma série de atividades tipicamente econômicas, industriais e comerciais, regidas pelo direito privado (inclusive no que tange ao aspecto da competência jurisdicional). Criou-se, pela proporção das incumbências dessa natureza, uma modalidade específica de atividade estatal<sup>80</sup>.

A prestação pelo Estado de atividades sob o regime jurídico de direito privado não se tratou de algo novo. Em certa medida, o Estado sempre atuou com a incidência de regramentos dessa natureza, mas em menor proporção e de forma excepcional. Ocorre que o Estado, para explorar os novos serviços públicos, principalmente os que com o passar do tempo começaram a exigir uma complexa estrutura de rede (ex.: telecomunicação, energia elétrica etc.) e maior agilidade, adotou mecanismos de direito privado, rompendo com o critério formal, cujo enunciado confere maior atenção ao regime jurídico de direito público.

Em seguida, na década de 80 do século passado, a contundência do pensamento neoliberal e do discurso da eficiência levou à discussão acerca do redimensionamento do

---

decorrente desse modelo era apenas formal. Em reação, desenvolveu-se o modelo social de Estado, que é dividido em duas propostas, a saber: (a) o Estado social marxista; e (b) o Estado social das democracias. Essa segunda proposta, é dividida em outras duas formas, quais sejam (b.1) Estado social com primazia dos meios intervencionistas; e (b.2) Estado social com hegemonia da sociedade (e dos direitos fundamentais) e máxima abstenção possível do Estado. Ainda sobre o aspecto econômico, é válido lembrar que dentre as falhas do liberalismo estavam a geração dos monopólios, o surgimento de cíclicas crises econômicas, o agravamento do conflito capital *versus* trabalho. Sobre o tema, VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 14. Essas imperfeições no âmbito econômico e social geraram inúmeras injustiças e desigualdades sociais que, associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de novas funções ao Estado. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 19 - 21. Além disso, não se pode olvidar dos aspectos atinentes às novas necessidades surgidas com a deflagração de duas guerras mundiais, como referido ao longo deste estudo.

<sup>79</sup> LAUBADÈRE, André de. **Direito público econômico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 43.

<sup>80</sup> O julgado que marca o reconhecimento da categoria dos serviços públicos industriais e comerciais é o *Société commerciale de l'Ouest africain* (arrêt Bac d'Éloka), de 22 de janeiro de 1921. Nesse caso, o Tribunal de Conflitos reconheceu que o Estado estava agindo na mesma condição dos particulares, atribuindo a competência à jurisdição comum. Em suma, tratava-se de um acidente com uma balsa, que afundou com os automóveis transportados. O serviço era explorado pela Colônia Francesa da Costa do Marfim em território africano. LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 219 – 228.

Estado Social. Debatia-se, então, o tamanho do Estado em razão do suposto esgotamento do modelo vigente, ocasionado, principalmente, pela crise financeira que lhe acometia. A reflexão sobre o tema gerou ações de privatização em massa. Entendeu-se que o exercício pelo Estado de atividades de cunho econômico não atendia às necessidades de modernização, qualidade e eficiência, nem alcançava resultados tão satisfatórios quanto os que a esfera privada poderia oferecer<sup>81</sup>.

Na França, esse fenômeno gerou a segunda crise da noção conceitual de serviço público<sup>82</sup>, atingindo o elemento orgânico, ainda que em certa medida tenha agravado a relativa ao critério formal e afetado o elemento material. A crise em comento já havia iniciado muito tempo antes, sendo apenas coroada com esse conjunto fático e institucional que acentuou as indefinições do conceito de serviço público sob a ótica do elemento orgânico.

O início do reconhecimento dessa circunstância é relacionado ao julgamento do caso *Terrier*, porquanto, na oportunidade, reconheceu-se como serviço público uma atividade privada e prestada por particular, em razão da gestão pública do interesse público<sup>83</sup>. No entanto, na ocasião do aludido julgamento ainda não se tinha uma noção sistematizada de serviço público que pudesse ser redefinida.

A rigor, já se reconheciam atividades que atendiam o interesse público e não eram titularizadas pelo Estado. É o caso da categoria dos serviços de interesse geral, situados em paralelo aos serviços públicos. No mesmo sentido, a satisfação das necessidades públicas não era monopólio do Estado, sendo incumbência, também, de outras entidades<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> SILVA, Almiro do Couto. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 259 – 263.

<sup>82</sup> Acerca dos efeitos da reforma do Estado na França sobre o conceito clássico de serviço público, ver: CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. In: **Revista de Serviço Público**, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34 - 57, set./dez. 1996. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/395/401>>. Acesso em: 20 out. 2015. Há autores que preferem tratar do evento descrito como crise da reforma do Estado, não a atrelando ao critério orgânico. É o caso de CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61 – 63. No entanto, neste estudo, visualiza-se a citada conexão entre a reforma do Estado e a redefinição do critério orgânico, conforme demonstrado no texto.

<sup>83</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 26 – 28.

<sup>84</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 506 – 512. O autor aduz que o auxílio às coletividades públicas, seja qual for a sua forma, apresenta uma característica constante: não altera a natureza puramente privada da atividade nem da empresa beneficiária, não as transformando, portanto, em serviços públicos. A partir daí, assevera ser necessário, apesar de difícil, distinguir as pessoas privadas investidas de uma missão de serviço público daquelas que exercem uma atividade privada de interesse geral. Em seguida, lembra Rivero que, no Estado Liberal, as atividades voltadas a atender as necessidades de interesse coletivo eram incumbências das autoridades administrativas, sendo prestadas por meio de estabelecimentos públicos ou de concessionários, tendo esse esquema se modificado em vários aspectos. Inicialmente, a gestão de certos serviços públicos foi confiada a pessoas privadas (sociedade ou até mesmo associações da lei de 1901), com regime diferente das concessionárias (caixas de segurança social), e a pessoas cuja natureza jurídica continua a ser incerta (ordens profissionais);

Também são exemplos disso as matérias de organização profissional, conforme os julgados *Monpeurt* (31/07/1942) e *Bouguen* (02/04/1943)<sup>85</sup>, nos quais o Conselho de Estado entendeu que a organização profissional era serviço público, apesar da ausência de caráter estatal dos órgãos que as exerce. Acontece o mesmo com a seguridade social, que é um serviço público prestado por pessoas jurídicas de direito privado<sup>86</sup>.

O ápice da crise em tela se inicia na década de 80 do século passado por intermédio de um movimento oposto ao que ocasionou a primeira crise do serviço público<sup>87</sup>. Em outras palavras, passou-se a devolver à iniciativa privada as atividades que o Estado havia avocado<sup>88</sup>.

Entretanto, esse procedimento não se deu de maneira simples. Boa parte dessas atividades, até então, eram consideradas serviços públicos (ainda que, em grande medida, de caráter industrial e comercial). O problema está na circunstância de que os vínculos dessas atividades com o interesse público continuavam a existir; contudo, passou-se a acreditar que esse interesse seria satisfeito de forma mais adequada pela iniciativa privada, sob um regime de concorrência, preservando-se uma forte regulação estatal<sup>89</sup>.

---

depois, o estabelecimento público deixou de ser exclusivamente um modo de gestão de um serviço público, de modo que o seu papel alargou-se e modificou-se; também, multiplicaram-se os órgãos públicos distintos do estabelecimento público, assegurando tarefas de interesse geral que não são serviços públicos; o processo da economia mista levou ao desenvolvimento de organismos em que as pessoas públicas estão associadas aos capitalistas privados.

<sup>85</sup> LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990. p. 341 – 357.

<sup>86</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55. RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 492 e p. 560 - 564.

<sup>87</sup> As discussões travadas em torno desse projeto de redução do Estado, com devolução de atividades à iniciativa privada, ou mesmo de alocação de novas atividades no âmbito da livre iniciativa, gravitou em torno de questões econômico-financeiras. Esse discurso econômico, contudo, não expõe a real dimensão dos porquês da modificação da estrutura do Estado, porquanto se limita à abordagem da crise financeira relativa ao período, sem, no entanto, observar o fenômeno sob a ótica das demais crises (filosófica e ideológica, por exemplo). Sobre o tema, ver: BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 34 – 46.

<sup>88</sup> Não é objeto deste estudo a análise das causas que ensejaram as transições entre os paradigmas de Estado. No entanto, é preciso referir que, do ponto de vista teórico, a transição do paradigma social para o neoliberal se deu com base no discurso da maior eficiência da gestão privada em relação à pública. Esse discurso está calcado em uma série de fatores relativos ao avanço tecnológico e das comunicações. A rigor, a origem desses delineamentos teóricos está na denominada Escola de Chicago, radicada, fundamentalmente, em dois eixos, a saber: o pensamento liberal de Friedrich Hayek (prêmio Nobel de Economia em 1974) e no monetarismo de Milton Friedmann (prêmio Nobel de Economia em 1976), tomando forma definitiva no chamado “Consenso de Washington”, que indica algumas reformas básicas, como o combate ao *déficit* público, o aumento de impostos e a melhoria da eficiência dos mecanismos de arrecadação, a intensificação dos processos de privatização e a desregulação da economia, dentre outras. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

<sup>89</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 233 – 234.



Considerando que nem todos os serviços públicos industriais e comerciais, por exemplo, foram entregues à iniciativa privada, passou-se, na prática, a existir atividades pertencentes à esfera privada, mas com natureza muito semelhante às de competência do Estado. Em ambos os casos o regime jurídico incidente é predominantemente o privado, excepcionando-se o núcleo duro do direito administrativo no caso dos SPIC e as normas de regulamentação no caso da iniciativa privada.

A crescente interpenetração entre as esferas pública e privada, corolário da prestação de serviços públicos por particulares e de atividades econômicas pelo Estado, dissociou o elemento orgânico do elemento material, afetando, também, o critério formal<sup>90</sup>. Porém, pelo referido critério de predominância, é preciso dizer que o elemento orgânico foi o mais afetado, pois a atribuição de uma atividade ao Estado não significava mais que ela era serviço público, nem a não atribuição significava que ela não era serviço público.

Evidentemente, esse fenômeno só pode ser descrito como crise de um dos elementos conceituais do serviço público se for adotada uma concepção bastante ampla do conceito. Tão ampla que abarque as atividades privadas de interesse público, sobretudo as prestadas com maior regulação estatal.

De todo o modo, o critério orgânico sofreu os efeitos da crise em questão. Isso porque perdeu unidade e revelou sua insuficiência diante da confirmação da gestão privada de serviços públicos<sup>91</sup>. Além disso, começou-se a discutir a própria necessidade do conceito de serviço público a partir da dissociação entre o critério orgânico e o material, acentuada pela relativização do regime jurídico aplicável, e do debate relativo à inserção, ou não, das atividades reguladas no âmbito do conceito de serviço público<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 55.

<sup>91</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 60.

<sup>92</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 235 – 244. O autor filia-se ao entendimento de que as atividades reguladas não compõem a noção de serviço público, sendo atividades de interesse público (*public utilities*), de modo que o conceito de serviço público se mantém, mas apenas em relação às atividades de titularidade estatal. Aliás, a partir desse cenário, Gaspar Ariño Ortiz chegou a asseverar a “morte do serviço público”, em razão da sua inutilidade diante da modificação radical dos pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais. A mudança da concepção de serviço público, para o autor, está radicada na passagem de um modelo de titularidade estatal, fechado à iniciativa privada (seja por exigência de delegação, seja por existência de regulação minuciosa de preços e de reversão de bens, seja, ainda, pela regulação minuciosa da atividade), para um sistema aberto à iniciativa privada, presidido pela liberdade de entrada (prévia autorização vinculada) e de existência de aspectos concorrenciais. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999. p. 560 – 561.

Por fim, a terceira crise sobre a qual se deve tratar tem relação com a instauração da comunidade europeia<sup>93</sup>. Esse tema, todavia, será abordado após a exposição do conceito contemporâneo de serviço público francês, resultante da ocorrência das aludidas crises conceituais.

## 2.2 O conceito contemporâneo de serviço público francês

As linhas acima demonstram os primeiros passos da noção de serviço público, composta por três critérios que são dimensionados, jurisprudencial e doutrinariamente, de acordo com dados fatores. Essas considerações iniciais são suficientes para compreender o porquê de o referido conceito ter assumido na França o status de mito e de símbolo de uma filosofia republicana, constituindo-se em tema permeado por debates ideológicos<sup>94</sup>.

Doravante, o enfrentamento será acerca do desenvolvimento do conceito de serviço público ao longo do tempo, colimando-se a maneira como foram sendo dimensionados e redimensionados os critérios que o compõe a partir da ocorrência das crises pelas quais passou o instituto. Os critérios clássicos de conceituação do serviço público sofreram fortes e sucessivas relativizações seguidas de reafirmações, de modo que, a partir de um movimento helicoidal de formação do conceito pela evolução crítica de seus critérios, a noção de serviço público modificou-se, moldando-se à realidade social e histórica em que inserido.

Os três critérios de conceituação do serviço público coincidiam plenamente no âmbito do modelo liberal de Estado. Dessa maneira, o conceito clássico de serviço público era plenamente operacional. Tratava-se das atividades de titularidade do Estado, voltadas à satisfação do interesse público e prestadas sob o regime jurídico de direito público (gestão pública do serviço). No período histórico subsequente, o cenário modifica-se<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> Sobre o tema, ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 08 jan. 2016. p. 13. Esse autor alude, a partir da análise dos conceitos expostos pelos documentos da Comissão Europeia, que existe uma indefinição semântica, antes mesmo de uma crise conceitual.

<sup>94</sup> CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. **Revista do Serviço Público – RPS**, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34 – 57, set./dez. 1996. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/395/401>>. Acesso em: 20 out. 2015. p. 34. Aliás, esse autor, em outro texto, aduz que o conceito de serviço público francês é uma amálgama indissociável dos três critérios (funcional, material e orgânico). CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997. p. 45. Aludindo a condição de mito que o conceito de serviço público possui na França, ver, ainda: GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 09 – 10.

<sup>95</sup> SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 227.

Na França, os primeiros movimentos de relativização do conceito, que já em seus primórdios, como visto acima, não se constituía em consenso, aconteceram com o reconhecimento da categoria dos serviços públicos industriais e comerciais. Isso porque, em tal oportunidade, foi abandonada a exigência de vinculação direta dos serviços públicos às atividades prestadas pelo Estado (critério orgânico) e ao regime jurídico exorbitante do direito privado (critério formal)<sup>96</sup>, pois passou a existir serviço público em regime privado e atividades privadas com regime jurídico de direito público.

Essa categoria, que foi reconhecida pela jurisprudência francesa, abarca atividades que, embora pertencessem basicamente à iniciativa privada, passaram, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, a ser prestadas pelo Estado, mas em regime predominantemente de direito privado (relativização do critério formal), razão pela qual a competência para o julgamento de eventuais conflitos passou a ser da jurisdição comum<sup>97</sup>. Isso equivaliu a uma relativização do critério orgânico, já que a presença do Estado não era mais capaz de atrair, por si só, o regime jurídico administrativo.

O fenômeno descrito está na base do debate concernente às denominadas crises conceituais do instituto, conforme visto acima. A concepção francesa de que serviço público seria uma atividade de titularidade do Estado (critério orgânico), submetida ao regime jurídico de direito público (critério formal) e voltada à satisfação do interesse público (critério material) foi enfraquecendo-se. Esse enfraquecimento deu-se por uma série de fatores, dentre os quais estão a evolução social e tecnológica, o surgimento de novas demandas sociais, bem como a própria redefinição do papel do Estado e, conseqüentemente, de suas funções.

Essa série de eventos redundou na modificação da noção tradicional de serviço público na França, criando-se novas categorias com o escopo de enquadrar, compreender e explicar a extensão das competências do Estado, bem como as regras que sobre elas incidiam. Assim, o tema passou a subdividir-se, basicamente, em duas grandes categorias, a saber: os serviços públicos administrativos (SPA) e os serviços públicos industriais e comerciais (SPIC)<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48 – 49.

<sup>97</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 39.

<sup>98</sup> Há outras classificações utilizadas pela doutrina francesa. Nesse sentido, conferir: FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 10. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015-2016. p. 232 – 236. Esses autores dividem os serviços públicos em obrigatórios e facultativos. Os primeiros dizem respeito àqueles decorrentes de regras e princípios constitucionais (equivalendo aos serviços públicos constitucionais), sendo divididos em (a) serviços de soberania e em (b) serviços sociais (ou sem relação direta com a soberania). Os segundos abarcam os serviços públicos de natureza industrial e comercial, cuja qualificação e desqualificação como tal fica a critério do legislador ordinário (respeitados limites oriundos da ordem constitucional, basicamente relativos ao interesse geral). Conferir, também: RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 504 – 505. Esse autor classifica os serviços segundo

Os serviços públicos administrativos são, na tradição em análise, os serviços públicos propriamente ditos. Tratam-se das atividades de titularidade do Estado e que são prestadas, sob o regime jurídico de direito público com incidência excepcional de regras de direito privado. Embora essa categoria de serviço público seja precedente à noção de serviços públicos industriais e comerciais, geralmente ela é conceituada por um critério negativo, isto é, consiste em serviço público administrativo aquilo que não for serviço público industrial e comercial. Enquadram-se nessa espécie conceitual as atividades de educação e as de saúde<sup>99</sup>.

Inseridos na concepção de serviço público administrativo estariam, ainda, os serviços públicos sociais e os serviços públicos constitucionais. Ambas as categorias são decorrência de construções jurisprudenciais. Quanto à primeira, inicialmente, houve negativa de seu enquadramento como serviço público, sendo este entendimento modificado com o passar do tempo. No que concerne à segunda, não houve dissenso doutrinário ou jurisprudencial, mormente por tratar de atividades pelas quais o Estado se justifica.

A categoria dos serviços públicos sociais foi desenvolvida pela jurisprudência entre 1955 e 1983. Inicialmente, com o julgamento do caso *Naliato* (janeiro de 1955), o Tribunal de conflitos entendeu que as atividades prestadas pelo Estado em uma colônia de férias eram, apesar de se configurarem como serviço público em razão da busca pela realização do interesse social, reguladas por regras de direito privado, pois o Estado, ao agir nessa seara, não se distinguiria dos particulares. Assim, foi afastada a competência da jurisdição administrativa<sup>100</sup>.

O Tribunal de Conflitos, em julho de 1983, em decisão exarada no processo conhecido como caso *Gambini*, afirmou que um serviço social prestado pelo Estado impõe a aplicação do direito público, atraindo, por consequência, a competência da Jurisdição Administrativa. No ponto, houve uma valorização do critério orgânico associado ao material para a caracterização das atividades sociais como serviços públicos. Foi com isso que aconteceu a inserção dessa categoria no âmbito dos serviços públicos administrativos<sup>101</sup>.

---

(a) o objeto (serviços administrativos e serviços comerciais e industriais), (b) a maneira como concorrem para o interesse geral (satisfação direta e individual dos interesses dos particulares, satisfação indireta e individual dos particulares e satisfação indireta e geral dos interesses dos particulares), (c) o campo aberto à atividade do serviço (serviços nacionais e serviços locais), (d) as relações com o setor privado (monopolizadas e concorrenciais) e (e) o modo de gestão dos serviços (gestão pública e gestão privada).

<sup>99</sup> JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 51 – 53.

<sup>100</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53. LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. 8. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967. p. 36.

<sup>101</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53 - 54.

Os serviços públicos constitucionais são serviços públicos administrativos, porquanto se tratam de atividades que justificam a existência do próprio Estado<sup>102</sup>. Essa categoria conceitual abarca aqueles serviços que têm sua existência e operacionalidade decorrentes da ordem constitucional, razão pela qual tais tarefas são obrigatórias ao Estado. A obrigatoriedade mencionada tem como efeito a impossibilidade de supressão, ou de omissão quanto ao oferecimento, das atividades em questão<sup>103</sup>.

Os serviços públicos constitucionais, assim definidos por decorrerem do conjunto de regras e princípios dispostos na Constituição, podem ser subdivididos em dois grupos. Primeiro os serviços de soberania, os quais só podem ser prestados pelo Estado, como, por exemplo, a defesa nacional, a diplomacia e a polícia. Segundo os serviços não relacionados à soberania, que podem ser prestados, em paralelo, por particulares, como, por exemplo, a saúde e a educação (trata-se, em sede constitucional, dos serviços sociais)<sup>104</sup>.

Por sua vez, os serviços públicos industriais e comerciais, que foram reconhecidos pela jurisprudência francesa, são regidos predominantemente pelo regime jurídico de direito privado – com a incidência de um núcleo de normas de direito público –, a tal ponto de serem submetidos à jurisdição comum. A rigor, o significado e as consequências do reconhecimento dessa categoria devem ser dimensionados de acordo com determinadas balizas.

O entendimento relacionado ao tema consistiu na aceitação de que as tarefas de natureza industrial e comercial prestadas pelo Estado poderiam estar submetidas às normas de direito privado, equivalentes às aplicáveis à prestação por particulares. É válido reforçar, contudo, que essa espécie de serviço público se submete a um regime parcialmente público<sup>105</sup>.

De todo o modo, o reconhecimento dos serviços públicos industriais e comerciais fundamentou a concepção, existente na doutrina francesa, de que o critério formal (regime jurídico) não teria importância alguma na conceituação do que é serviço público. Assim, os elementos indispensáveis para a definição do que é serviço público seriam (a) o critério orgânico (vínculo da atividade com o Estado, que poderia prestá-la diretamente ou por delegação), e (b) o critério material, consistente na busca pelo interesse público<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997. p. 64.

<sup>103</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administrative**. 14. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015. p. 499.

<sup>104</sup> LOUIS FAVOREU. Service public et constitution. **L'Actualité Juridique: droit administrative**, Paris, número especial, p. 16-19, jun. 1996 *apud* CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 54.

<sup>105</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 38 – 40. No mesmo sentido, FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 10. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015-2016. p. 232 – 236.

<sup>106</sup> É o posicionamento adotado por CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. v. 1. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1993. p. 476. Para o autor (p. 468), a definição de serviço público poderia ser enunciada

O contraponto a esse entendimento doutrinário tem como pressuposto básico o de que o regime jurídico continua sendo um importante elemento do conceito de serviço público. Embora tal regime não seja completamente público, mas sim peculiar. A peculiaridade está no fato de que, no tocante aos serviços públicos industriais e comerciais, o regime jurídico será composto por normas de direito público e de direito privado<sup>107</sup>.

Aliás, chegou-se a afirmar que o serviço público seria o próprio regime jurídico de direito público, e não a instituição ou atividade submetida a determinado regime jurídico de direito público, indo-se mais adiante do que foi a concepção de Jèze<sup>108</sup>. Por conseguinte, a relativização do regime jurídico de direito público não é bastante em si para afastar a importância desse elemento como definidor do conceito de serviço público. Ademais, o debate sobre o assunto, desde o seu começo, estava polarizado em outras premissas.

Inicialmente – na jurisprudência do Conselho de Estado e no pensamento de Duguit –, o conceito de serviço público era delineado a partir do critério orgânico, estritamente. Assim, a presença do Estado determinava a natureza do serviço. Na medida em que se reconheceu a categoria dos serviços públicos industriais e comerciais como atividades que, apesar da presença do Estado, não se submetiam à jurisdição administrativa pela ausência de um regime jurídico que justificasse tal submissão, acabou-se por, contrariamente ao que poderia parecer, reforçar o critério formal. Isso porque este critério seria o elemento necessário e predominante para identificação de um serviço público em sentido estrito.

---

como a atividade assegurada ou assumida por uma pessoa jurídica de direito público (critério orgânico), visando a atender o interesse público (critério material). Por esta concepção, considera-se como serviço público uma vastíssima gama de atividades, confundindo-se com a própria concepção de Estado. Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva assevera que: “no direito Francês, inexistiu consenso, menos sobre os elementos da noção de serviço público (fim de interesse público, vínculo orgânico com o Estado, regime peculiar a que está submetido) do que com sua extensão. Entretanto, no tocante especificamente à atividade econômica, pode-se dizer que hoje, face à jurisprudência administrativa consolidada desde os anos 20 do século passado, não se discute mais que serviços públicos possam consistir em atividades econômicas, como ocorre com os serviços públicos industriais e comerciais [...]. Contudo, com o reconhecimento dos serviços públicos comerciais e industriais os tribunais administrativos afirmaram, igualmente, que esses serviços se realizavam sujeitos predominantemente a regras de direito privado, o que, salvo exceções, onde apareciam outra vez os conceitos de prerrogativas públicas (*puissance publique*), os conflitos que surgissem com os prestadores desses serviços seriam da competência dos órgãos judiciários. A partir daí, a noção de serviço público não serviu mais para definir, ou para definir sozinho, a competência dos tribunais administrativos e nem, tampouco, para estabelecer as fronteiras do direito administrativo. Voltou-se a utilizar, para esses efeitos, ao lado do critério de fins, expresso no conceito de serviço público, o velho critério de meios, da *puissance publique*, harmonizando-se por essa forma, de algum modo, depois de uma longa viagem pelo tempo, linhas fundamentais do pensamento de Duguit e de Hauriou. Daí a crise do conceito”. SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 232 – 233.

<sup>107</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administrative**. 14. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015. p. 452 e 459. Para a autora, a diferença entre um serviço público administrativo (SPA) e um serviço público industrial e comercial (SPIC) é uma diferença de grau de submissão ao direito público: máximo no primeiro caso e mínimo no segundo.

<sup>108</sup> CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l'État**. Paris: Dalloz, 1951. p. 78 – 87.

Esse debate direcionou a construção do conceito de serviço público francês, bem como a sua definição contemporânea, por dois motivos. Primeiro, por consistir no estopim de uma das crises conceituais do instituto, fator que determinou a remodelação do conceito; segundo, pela relação que essa concepção tem com os serviços de interesse econômico geral, cujo desenvolvimento remete ao direito comunitário europeu, conforme se verá a seguir.

Atualmente, o conceito de serviço público não é o fundamento do direito público ou mesmo do direito administrativo, mas sim um conceito que explica determinadas atividades da Administração Pública, bem como a relação entre o Estado e os particulares. Particular entendido, aqui, como o ente privado que exerce a atividade caracterizada como serviço público e, também, como o destinatário de tal atividade.

A condição a que foi alçado o tema, ao invés de produzir consenso, gerou mais debates. A falta de consenso, reconhecida pela doutrina, acerca do conceito de serviço público fez com que se readequassem os critérios de sua conceituação às novas condições a que submetidos. Esses critérios, em linhas gerais, remetem ao que se desenvolveu no âmbito da Escola Francesa do Serviço Público, mas com alterações em comparação à concepção clássica, sendo eles: o material, o formal (regime jurídico de direito público ou de direito privado) o orgânico (serviço de titularidade, ainda que não exclusiva do Estado, que pode ser prestado direta ou indiretamente).

Ainda assim, o que se tem é a percepção de que qualquer dos critérios adotados isoladamente é incapaz de oferecer uma noção segura e precisa acerca do que é serviço público. Essa situação contribuiu para a discussão contemporânea acerca da funcionalidade da existência do conceito em tela. Por outro lado, embora seja verdade que os três critérios clássicos não podem, em conjunto ou isoladamente, determinar com certeza o que é serviço público, esses elementos constituem-se em importante indício de que a atividade que os conjuga é serviço público.

Nesse sentido, os serviços públicos serão atividades de titularidade do Estado (com ou sem exclusividade) e se destinarão ao atendimento do interesse público, ambos os elementos estão presentes nas atividades correspondentes às referidas categorias de serviço (SPIC e serviços públicos administrativos)<sup>109</sup>. Apesar de as regras jurídicas que lhes são aplicáveis serem bastante variáveis, há um regime jurídico mínimo que as aproxima. Reconhece-se, então, a existência de um núcleo duro do serviço público francês, composto, principalmente,

---

<sup>109</sup> FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 10. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015-2016. p. 268 e 288 – 289.

pelos princípios do serviço público, equivalentes aos desenvolvidos por Rolland, que são: igualdade, continuidade e mutabilidade<sup>110</sup>, mas também por outros que foram se aderindo<sup>111</sup>.

Portanto, a noção francesa de serviço público impõe a conjugação dos três critérios, cumulativamente, em seus atuais dimensionamentos, os quais foram ditados, em grande medida, pelas crises conceituais pelas quais passou o instituto. Essa informação é de crucial importância, sobretudo naqueles casos em que o legislador não indica de forma expressa se a atividade colimada é, ou não, serviço público, hipótese em que tal definição caberá ao juiz, que verificará qual foi a vontade dos governantes<sup>112</sup>.

Diante de todo o exposto, em cotejo com os itens precedentes desta pesquisa, percebe-se que as redefinições resultantes das crises incidentes sobre os elementos que compõem o conceito de serviço público, gradativamente, foram incorporando-se ao debate relativo à noção conceitual do instituto. Dessa maneira, fica claro que nenhuma das crises ocorridas ocasionou o desaparecimento ou a redução da importância do conceito de serviço público.

A crise sobre o critério formal gerou, pelo reconhecimento dos SPIC, a classificação dos serviços públicos a partir dos regimes jurídicos incidentes. A crise sobre o critério orgânico produziu o debate acerca da extensão do conceito de serviço público a ponto de abarcar ou não os serviços de interesse público prestados por particulares, bem como as atividades sobre as quais incide regulação estatal.

Atualmente, a discussão travada nessa seara, necessariamente, leva em consideração os avanços decorrentes das redefinições citadas, o que corrobora a assertiva de uma evolução

<sup>110</sup> CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997. p. 21.

<sup>111</sup> CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. **Revista do Serviço Público – RPS**, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34 – 57, set./dez. 1996. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/395/401>>. Acesso em: 20 out. 2015. p. 43. Cumpre referir, ainda, a edição, em 18 de março de 1992, da Carta dos Serviços Públicos, contendo um novo conjunto de princípios, tais como a transparência, a responsabilidade, a acessibilidade, a participação dos usuários e a confiança.

<sup>112</sup> Aliás, a importância dos três critérios para a definição de determinada atividade como serviço público, já era mencionada por: LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. 8. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967. p. 19 – 29. Atualmente, essa importância é apontada por Jacqueline Morand-Deville. A autora considera que os serviços públicos supõem a existência dos três critérios. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administrative**. 14. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015. p. 548. Vale referir que a autora utiliza os referidos critérios de maneira um pouco distinta da tradicional. Assim, os critérios seriam o finalístico ou objetivo (interesse geral), o orgânico ou subjetivo (titularidade do Estado) e o material (regime jurídico especial). Basicamente, a distinção está na ausência de um critério denominado de formal e no tratamento do critério material como o regime jurídico. Outros autores franceses seguem essa linha de raciocínio. A propósito, conferir: LE MESTRE, Renan. **Droit du service public**. Paris: Gualino, 2005. p. 127 e 147. Dessa maneira, o interesse público, por vezes, é referido, na França, pelo critério funcional, finalístico ou objetivo. Logo, o que denominados de critério material (interesse público), em alguns casos doutrinários franceses, é denominado de outra forma. Já o que denominamos de critério formal (regime jurídico), por vezes, é denominado, por parte da doutrina francesa, como critério material. Não obstante, utilizaremos a terminologia tradicionalmente adotada no Brasil, com a finalidade de facilitar a comunicação.



conceitual, embora a noção ainda esteja longe de produzir consensos e de ser claramente definida em termos de dimensão e função. Fala-se, ainda, em uma nova crise incidente sobre a concepção clássica de serviço público, a qual é decorrência da inserção da noção de serviço de interesse econômico geral, oriunda da União Europeia, no cenário francês<sup>113</sup>. Essa crise, na linha de raciocínio que adotamos, tem como alvo o critério material, conforme se verá a seguir<sup>114</sup>.

### 2.3 A noção de serviço de interesse econômico geral da União Europeia e a nova crise do conceito de serviço público

A importância do estudo do direito comunitário europeu, no que tange ao auxílio na compreensão do tema objeto desta pesquisa, é diferente da que possuem as análises das tradições francesa e norte-americana. Estas exerceram (e ainda exercem) influência na formação e desenvolvimento do instituto no Brasil. Aquele, sobretudo por consistir em um fenômeno recente, tem sua importância dimensionada de outro modo.

Não se trata de estudá-la para entender o conceito de serviço público, mas sim para observar uma eventual tendência<sup>115</sup>. O conceito de atividade de interesse econômico geral no âmbito da União Europeia notabiliza-se, do ponto de vista teórico, pela tentativa de conciliação de sistemas bastante diferentes entre si, algo que, pela importação de conceitos das aludidas tradições, acontece também no Brasil<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> MORAND-DEVILLER, Jacqueline. O serviço público francês: em busca de uma ética perdida. Trad. Bibiana Graeff Chagas Pinto. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Edição Especial, p. 11-21, maio 2008. p. 11.

<sup>114</sup> Ressalte-se que a referida crise é observada sob duas óticas, quais sejam: como uma crise relacionada estritamente às exigências de liberalização de vários serviços, ou como um fenômeno que propõe a discussão acerca da conveniência da noção de serviço público. Sobre o tema, ver: CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63 – 65. No mesmo sentido ver: SILVA, João Nuno Calvão da. **Mercado e Estado: serviços de interesse econômico geral**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 215 – 216.

<sup>115</sup> A tendência a ser observada é em termos conceituais, tendo relação com a compatibilização de noções distintas e de distribuições de competências. Logo, sem o enfoque na perspectiva da privatização ou da inserção da concorrência no âmbito dos serviços públicos.

<sup>116</sup> Segundo alguns, o direito comunitário europeu, sob determinados aspectos, está efetuando uma síntese entre a noção tradicional de serviço público e a ideia de *public utilities*. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 105. Discorda-se desse posicionamento, na medida em que as atividades de interesse econômico geral (SIEG), desenvolvidas no âmbito do direito comunitário, não equivalem à noção tradicional de serviço público, nem às *public utilities*. Trata-se, na verdade, de uma categoria de serviços, escolhidos no âmbito de cada Estado-membro, que, por força de determinados fatores, ficam protegidas contra a livre concorrência, que, por sua vez, está atrelada a um dos principais pilares da comunidade europeia, a integração econômica. Logo, o SIEG é uma categoria paralela aos conceitos de serviço público e de serviço de utilidade pública. A conciliação pretendida consiste, justamente, na não adoção de nenhum dos dois conceitos, construindo-se uma ideia paralela que não despreze o conceito pertencente ao ordenamento jurídico do Estado-membro, nem abranja todo o seu

O acesso às ferramentas utilizadas pelo direito comunitário europeu pode oferecer subsídios ao enfrentamento de temáticas relacionadas ao conceito de serviço público e sua operacionalidade no ordenamento jurídico pátrio. Nesse sentido, a exposição acerca do tema se dará por meio de linhas bem gerais, observando apenas os aspectos centrais aos objetivos desta pesquisa. A observação do assunto proposto permeará a apresentação das principais categorias desenvolvidas no âmbito econômico, que possuem pontos de contato com a noção clássica de serviço público, e o modo como são tratadas pela União Europeia.

A Comunidade Europeia tem como aspectos centrais a instituição de um ambiente de integração econômica e livre mercado, com respeito às soberanias nacionais de seus componentes e calcado no princípio da subsidiariedade<sup>117</sup>. Essas características, que, além de possibilitarem a própria constituição da comunidade, decorrem dos motivos históricos pelos quais se decidiu pelo processo de integração, são essenciais à formação e à compreensão do conceito de serviço de interesse econômico geral (SIEG).

O elemento basilar de todo o processo de integração econômica, ao lado da livre circulação de bens, serviços, capital e pessoas, é o estabelecimento da livre concorrência, cujo escopo é permitir a integração entre as economias aderentes à formação da comunidade. É a partir da tensão entre a livre concorrência e o oferecimento de serviços de interesse coletivo que se desenvolve o conceito de serviço de interesse econômico geral, somado ao reconhecimento, por intermédio das normas jurídicas de direito comunitário, de que determinadas atividades somente atingem seus objetivos, cumprindo a função para a qual foram concebidas, quando retiradas do mercado<sup>118</sup>.

Esse fenômeno acontece porque o estabelecimento de um serviço como de competência do Estado equivale à limitação da livre concorrência, porquanto o exercício da atividade se dará, invariavelmente, por meio de uma das seguintes alternativas: (a) ou o

---

âmbito de incidência. Não há, portanto, uma síntese, mais sim, repita-se, uma noção paralela conciliável com os conceitos pertencentes aos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros.

<sup>117</sup> O processo de integração inicia-se com o Tratado de Paris de 18 de abril de 1951, que constituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), e com os dois Tratados de Roma de 1957, que criaram a Comunidade Econômica Europeia (e depois do Tratado de Maastricht, de 1992 (TUE), mudou o nome para Tratado da Comunidade Europeia – TCE), estabelecendo um mercado comum de produtos e serviços, e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEAA-Euratom). Disso depreende-se que o início do processo de integração se deu por aspectos econômicos. Depois, foi necessário, para o sucesso do projeto, que os membros da comunidade não fossem enfraquecidos, contexto que remete à adoção do princípio da subsidiariedade da atuação da União Europeia, até mesmo como respeito à soberania nacional dos seus integrantes. Nesse sentido, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. União Europeia: a esperança de um mundo novo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 27 – 89, jan./mar. 2000. p. 31 – 32 e p. 45.

<sup>118</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 106 – 107. Sobre o tema, ver, também: HENRY, Claude. **Concurrence et services publics dans l'Union Européenne**. Paris: PUF, 1997.

Estado prestará diretamente a atividade; (b) ou será exigido do particular um título que o autorize a prestar a atividade (delegação); (c) ou se instituirá o regime de monopólio<sup>119</sup>.

Nesses casos haverá limitação de acesso ao mercado. A limitação se aplicará a todas as empresas privadas, nacionais ou estrangeiras. Com efeito, no âmbito de uma integração econômica, preocupa-se muito mais com a segunda hipótese, pois a limitação incide diretamente sobre os membros da comunidade, que, por sua vez, poderiam ser colocados em situação de desigualdade na medida em que, possibilitando a livre concorrência, não houvesse reciprocidade. A mesma preocupação existirá em relação aos monopólios privados.

A rigor, a evolução da matéria é colimada a partir de dois períodos. O primeiro correspondente à atribuição de maior importância à livre concorrência, em detrimento da noção de serviço de interesse econômico geral, realçando-se a política de liberalização dos serviços nacionais. O segundo marcado pelo retorno da importância atribuída aos serviços de interesse econômico geral pelas entidades da comunidade europeia<sup>120</sup>.

No primeiro período, que remete aos passos iniciais da integração europeia, não foi atribuída grande importância aos serviços de interesse econômico geral. Em seguida, logo após 1980, essas atividades passaram a ser vistas como inconvenientes. No contexto econômico neoliberal, cujo mote era a não intervenção do Estado na economia e o reconhecimento da crise fiscal e financeira do modelo social, defendeu-se a liberalização dos serviços qualificados como de interesse econômico geral, com a consequente incidência das regras de mercado ao tema<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> As preocupações em relação à livre concorrência no âmbito da comunidade europeia voltam-se, inclusive, às subvenções estatais na forma de compensações de serviço público, buscando-se definir, no âmbito do direito comunitário europeu, quais os auxílios públicos podem ser considerados compatíveis com as regras da União Europeia. Para mais detalhes sobre essa circunstância, vale a leitura da legislação sobre auxílio estatal no *site* oficial da Comissão Europeia: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/sgei.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/sgei.html)>, acesso em: 13 abr. 2016. Ver, também: UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Legislação. Atos não legislativos. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. L 7, 55º ano, 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:007:FULL&from=EN>>. Acesso em: 14 mar. 2016. p. 03 – 10. Trata-se de decisão da comunidade europeia acerca do aludido tema. No mesmo sentido, tem-se a Comunicação nº 8 (11/01/2012). UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços públicos de interesse econômico geral. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Comunicação 8, 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111%2802%29&from=EN>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

<sup>120</sup> Nesse sentido, ver: JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 170 e p. 187 - 208; AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 486 - 487.

<sup>121</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102. É importante notar que, considerando o princípio da neutralidade quanto ao regime de propriedade dos Estados-membros, a privatização não foi exigida pelo direito comunitário da União Europeia. Exigiu-se, apenas, a liberalização, mediante abertura dos setores ao mercado e a sujeição às regras de concorrência. Nesse sentido, MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro

No período subsequente, sobreveio uma reação à mencionada desvalorização dos serviços de interesse econômico geral. Nesse momento, países como a França, onde a noção de serviço público, como já analisado, exerce um papel fundamental dentro do Estado e está enraizada na sociedade, opuseram-se à orientação comunitária de liberalização e à exigência de privatizações das referidas atividades<sup>122</sup>.

A evolução do tratamento do tema no direito comunitário, contudo, deixava escapar o mais importante, a saber: a identificação do que são serviços de interesse econômico geral. Apesar do debate envolvendo o tema, tanto no período em que era tido como um inconveniente à livre concorrência, quanto no período em que foi reconhecida a sua função especial, não se desenvolveu com clareza um conceito preciso de serviço de interesse econômico geral, nem se definiu quais as atividades que seriam classificadas como tal, mesmo diante da existência do artigo 90 do Tratado de Roma de 1957. Esse cenário começa a se modificar com a atenção dada pelas instituições da comunidade europeia ao tema.

A partir da tensão entre os períodos referidos, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias foi incitado a se debruçar com mais atenção sobre o tema. Dois julgados marcam esse momento, o caso *Corbeau* (19/05/1993, processo C-320/91)<sup>123</sup> e o caso *Commune*

---

de Direito Público, n. 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2016. p. 09. Quanto às crises do Estado Social, ver: MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 40 – 42.

<sup>122</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 10 jan. 2016. p. 12 – 13.

<sup>123</sup> O caso em questão teve como partes, de um lado, o senhor Paul Corbeau, comerciante que oferecia serviço expresso de coleta e entrega de correspondências, e, de outro, o serviço de correios da Bélgica, organizado em regime de monopólio. *Corbeau* sofreu uma ação criminal pelo descumprimento do disposto em duas leis belgas (lei de 26 de dezembro de 1956, relativa ao serviço postal, e lei de 6 de julho de 1971, que institui a *Régie des postes*). Com a consulta, objetiva-se saber se o privilégio concedido à *Régie des postes* era compatível com o Tratado de Roma de 1957 (Parágrafo 5 do acórdão), ou mais especificamente, considerando a matéria de fato no processo principal, se o art. 90 do Tratado de Roma (art. 106 do TFUE) deveria ser interpretado no sentido de que vai de encontro à legislação de um Estado-membro, que, ao atribuir direito de monopólio a uma empresa, proíba e sujeite a sanções um operador econômico que ofereça determinados serviços específicos no mercado correspondente à empresa beneficiada pelos direitos de exclusividade (parágrafo 7 do acórdão). Na oportunidade, o Tribunal de Justiça afirmou que, embora o art. 90, §1º, do Tratado de Roma proíba a concessão de privilégios ou direitos exclusivos, o dispositivo em questão, em seu § 2º, estabelece a possibilidade de limitação da concorrência, quando isso seja necessário ao desempenho da missão especial da atividade. Logo, as regras de concorrência podem ser afastadas no caso de o serviço caracterizar-se como de interesse econômico geral (parágrafos 13, 14 e 15 do acórdão). Nesse sentido, a legislação belga sobre o tema estaria em consonância com as normas de direito comunitário (parágrafo 18 do acórdão). Contudo, ficou assentado no acórdão que a exclusão da concorrência não se justificava em relação a atividades específicas e diferentes do SIEG, desde que não colocassem em risco o seu equilíbrio econômico (parágrafo 19 do acórdão). Assim, as atividades suplementares não oferecidas pelo serviço de interesse econômico geral e que não colocuem em risco o seu equilíbrio econômico devem

*d'Almeida* (27/04/1994, processo C-393/92)<sup>124</sup>. O enfrentamento das questões propostas se deu especificamente à luz do que dispõe, atualmente, o artigo 106, § 2º, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>125</sup>.

De um modo geral, a resposta foi no sentido de que o direito comunitário veda a concessão de privilégios que violem o direito de concorrência na Comunidade. No entanto, de acordo com o dispositivo de regência, a concorrência, no que concerne aos serviços de interesse econômico geral, estaria limitada ao que não inviabilizasse o desempenho da função especial dessas atividades. Ficou definido, ainda, que a exclusão da concorrência não se justificaria em relação a atividades específicas e diversas dos SIEG, nem às atividades que lhe fossem suplementares e não colocassem em risco o equilíbrio econômico correspondente<sup>126</sup>.

A orientação resultante desses julgados inspirou a edição da Comunicação 281 de 1996 (que foi atualizada pela Comunicação 580/2000)<sup>127</sup>, na qual são abordados aspectos centrais acerca do serviço de interesse econômico geral, conceituando-o e diferenciando-o de institutos semelhantes. Os institutos conceituados no âmbito desta Comunicação são o serviço de interesse geral, o serviço público, o serviço de interesse econômico geral e o serviço universal<sup>128</sup>.

concorrer com o SIEG. A partir disso, decidiu-se que compete ao órgão jurisdicional nacional apreciar se os serviços em questão na causa principal observam esses critérios (parágrafos 20 e 21 do acórdão).

<sup>124</sup> O caso em questão teve como partes, de um lado, o município holandês de Almelo e, de outro, a distribuidora regional de energia elétrica. A discussão subjacente gravitava em torno de uma cláusula de exclusividade em um contrato de compra de energia elétrica de uma distribuidora regional. Nesse julgado, seguiu-se a orientação constante no caso *Corbeau* (parágrafo 46 do acórdão). Em resumo, a cláusula de exclusividade proibia os distribuidores locais de importarem eletricidade de outros Estados-membros (parágrafos 09 e 10 do acórdão). O Tribunal de Justiça afirmou a legalidade da cláusula de exclusividade quando justificada pela condição especial da empresa prestadora no sentido de assegurar o fornecimento ininterrupto de energia aos consumidores e com tarifas uniformes, pois a hipótese se enquadraria na exceção prevista no art. 90, § 2º, do Tratado de Roma, art. 106, § 2º, do TFUE (parágrafos 48 e 49 do acórdão). A partir disso, decidiu-se que compete ao órgão jurisdicional de origem examinar se a aludida cláusula é necessária para assegurar o cumprimento da missão de interesse geral (parágrafos 50 e 51 do acórdão).

<sup>125</sup> Esse dispositivo é repetição do art. 90, § 2º, do Tratado de Roma de 1957, que foi mencionado nos julgados supracitados. Tal dispositivo foi mantido no Tratado de Maastrich de 1992. O Tratado de Amsterdã de 1997 manteve o conteúdo do dispositivo no art. 86, § 2º. Com o Tratado de Lisboa de 2007 (TFUE), a regra em comento passou a constar no art. 106, § 2º.

<sup>126</sup> Nesse sentido, teve-se a análise dos casos supracitados. Em ambos, considerou-se possível que uma atividade rentável fosse mantida em exclusividade, sob o fundamento de que isso era indispensável para que a empresa encarregada conseguisse cumprir sua missão de interesse geral. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76.

<sup>127</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, 26 set. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>>. Acesso em 20 fev. 2016. p. 03. UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>>. Acesso em: 25 fev. 2016. p. 05.

<sup>128</sup> Na Comunicação 281/1996, a Comissão recomenda a inclusão de uma menção específica sobre a importância dos serviços de interesse econômico geral. A partir disso, a Comunidade inseriu, com o Tratado de Amsterdã, o art. 16 ao Tratado da Comunidade Europeia. Esse dispositivo, após o Tratado de Lisboa de 2007, passou a

Os serviços de interesse geral designam atividades consideradas de interesse geral pelas autoridades públicas e, por esse motivo, sujeitas a obrigações específicas de serviço público. Em vários casos, esses serviços de interesse geral são concebidos como direitos sociais que exercem um papel importante na coesão econômica e social.

A expressão serviço público, por sua vez, refere-se, de um lado, ao organismo que exerce a atividade e, de outro, à missão de interesse geral a ele confiada. O documento ressalta que, muitas vezes, se confunde erroneamente serviço público e setor público (incluindo função pública), isto é, missão e estatuto, destinatário e proprietário (para usar os termos constantes na própria Comunicação 281/1996<sup>129</sup>).

Já os serviços de interesse econômico geral, que são mencionados no art. 106, § 2º, do TFUE, designam as atividades de serviços comerciais que consubstanciam missões de interesse geral e que, por esse motivo, estão sujeitas a obrigações específicas de serviço público. Trata-se, em especial, do caso das atividades em rede (ex.: setores de transporte, de energia e de comunicação). O serviço universal se refere às atividades essenciais que devem ser acessíveis a todas as pessoas, em toda a parte, com preço razoável e com qualidade.

Assim, ao afirmar, no texto das aludidas comunicações, que as normas relativas à concorrência e ao mercado interno são plenamente compatíveis com a garantia de fornecimentos dos serviços de interesse geral, a Comissão Europeia referiu que, na aplicação do conteúdo do atual artigo 106, § 2º, do TFUE (que na primeira comunicação era 90, § 2º, e na segunda era 86, §2º) seria útil concatenar três princípios: (a) a neutralidade, no que se refere à propriedade pública ou privada das empresas; (b) a liberdade de definição dos Estados-membros de quais atividades são SIEG; e (c) a atenção à proporcionalidade<sup>130</sup>.

---

figurar no art. 14 do TFUE, com pequenas modificações no texto. A redação do art. 14 do TFUE é a seguinte: “sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União Europeia e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente econômicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adotados de acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços”.

<sup>129</sup> A rigor, o Estado não é o proprietário do serviço público, sendo o seu titular. O serviço público não é um bem passível de apropriação, mas sim uma competência atribuída ao Estado, que tem o dever de prestá-la à sociedade. Nesse sentido, o Poder Público detém prerrogativas de gestão da atividade considerada pelo ordenamento jurídico como serviço público.

<sup>130</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, p. 03 - 12, 26 set. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>>. Acesso em 20 de fev. 2016. UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

Da análise dos dois primeiros princípios conclui-se que as atividades e o modo de oferecimento dos serviços não serão uniformes, variando de Estado-membro para Estado-membro. Isso porque eles definirão as atividades que serão classificadas como de interesse geral, bem como a propriedade das empresas que prestarão os serviços de tal natureza (pública ou privada).

Logo, essas escolhas competirão estritamente aos Estados-membros. Do mesmo modo, o regime jurídico correspondente às atividades tratadas como de interesse geral também será definido internamente pelos Estados-membros, considerando os parâmetros referidos e outros eventualmente definidos pela União Europeia para certos setores<sup>131</sup>.

O único limite oriundo do direito comunitário é o critério de proporcionalidade. Por este critério, autoriza-se a Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça da Comunidade a controlar os abusos no uso da noção de “interesse geral”. Tem-se, com isso, que os meios utilizados para realizar a missão de interesse geral não podem provocar distorções desnecessárias no mercado, sendo controláveis, em caso de abuso, aquelas aludidas escolhas de competência dos Estados-membros<sup>132</sup>.

No âmbito comunitário, então, tem-se um problema semelhante ao que se enfrenta na França e nos Estados Unidos da América, qual seja: a definição do critério material de identificação dos serviços de interesse econômico geral. Na França a dificuldade de definição do “interesse público” prejudica a conceituação do que é serviço público; nos Estados Unidos da América a dificuldade de definição do que é “utilidade pública” (e de sua discussão quanto à afetação por interesse público) dificulta, somado a outros fatores inerentes a tal tradição, a conceituação do que é serviço de utilidade pública.

Do mesmo modo, no direito comunitário a dificuldade de definir o que é “interesse geral” atrapalha na identificação das atividades que se constituem em serviços de interesse

<sup>131</sup> Sobre o tema, conferir, AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 390 – 418.

<sup>132</sup> Nesse sentido: MORENILLA, José Maria Saurirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1988. p. 267 – 268. Ver, também, JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 183 – 185. Essa autora, com base nas lições de Alain Fiquet, salienta que haveria um segundo limite condicionante da incidência da exceção às regras da concorrência, consistente na comprovação, por parte da empresa que pretenda o benefício da aludida exceção, da condição de prestadora de serviço de interesse econômico geral. Circunstância que indica a inversão do ônus da prova. FIQUET, Alain. Vers une reconciliation entre l'Europe et les services publics: l'Exemple de l'Électricité, **AJDA** n. 11, Paris, 1998, p. 864 – 882. Este autor sugere, ainda, que os elementos previstos no artigo 86, § 2º (atual 106, § 2º, do TFUE), sejam lidos de maneira hierarquizada, em ordem decrescente. Acerca do ônus de prova, concordando com a referida autora, ver: MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2016. p. 18.

econômico geral, para a aplicação do regime jurídico correspondente (ex.: proteção contra a concorrência)<sup>133</sup>. Nesse particular, a Comunidade Europeia houve por bem atribuir à conceituação aos Estados-membros.

Ocorre que o procedimento apenas desloca o problema, tendo em vista o mencionado mecanismo de repressão a abusos, pois continua sendo necessário, agora para realizar o controle, definir o que é interesse geral, a fim de verificar a extrapolação do conceito quando da classificação de determinada atividade como tal. Aliás, pode-se dizer que, além de deslocar, acentua o problema, pois cria uma segunda instância de definição do elemento material<sup>134</sup>.

A definição de serviço de interesse econômico geral mostra-se complicada, como de resto acontece com todos os conceitos que ocupam o mesmo espaço no âmbito dos mais diversos ordenamentos jurídicos (serviço público e serviço de utilidade pública, por exemplo). Inicialmente, a identificação do que é SIEG para o direito comunitário impõe a análise dos conceitos afins, oriundos tanto do próprio direito comunitário quanto do direito dos membros da comunidade.

A citada análise, no que tange aos conceitos pertencentes ao direito comunitário, já foi feita nas linhas acima, por força da observação do conteúdo das Comunicações 281/1996 e 580/2000, cabendo, neste momento, apenas algumas alusões um pouco mais específicas acerca do assunto, sobretudo no que tange à classificação dos mencionados conceitos.

De fato, no direito comunitário a noção de serviço de interesse econômico geral assumiu um papel de destaque, sendo, inclusive, a primeira a ser veiculada. Todavia, essa noção está inserida na noção mais ampla de serviço de interesse geral, juntamente com os serviços não econômicos e sociais.

---

<sup>133</sup> A assertiva em questão não carrega consigo qualquer juízo de valor sobre o acerto ou não dessa indefinição, trata-se exclusivamente de uma constatação. Compreende-se as possíveis razões pelas quais a indefinição acerca do critério material é mantida no âmbito do direito europeu, ou seja, sabe-se que essa indefinição é proposital e voltada ao respeito à soberania de cada Estado-membro, o que inclui a liberdade de definição interna dos interesses gerais de seu povo. Em outras palavras, as peculiaridades de cada país fazem com que as expectativas do seu povo em relação ao Estado sejam diversificadas entre si. Assim, o serviço público e seus equivalentes, como instrumento políticos que são, estão intrinsecamente relacionados à soberania e às condições de possibilidade da democracia no âmbito interno de cada Estado-membro. Nesse particular, é componente da política interna de cada país a escolha de quais as atividades serão serviço público (ou ocuparão o espaço equivalente) e o regime jurídico a que se sujeitarão, de modo a atender as expectativas, o interesse e as necessidades de seu povo. Não obstante, a indefinição, embora, ao que tudo indica, seja salutar, acarreta as dificuldades apontadas no texto desta pesquisa.

<sup>134</sup> No Brasil, há problema semelhante, com o agravante de que o elemento material de definição do conceito de serviço público por aqui é expressado de várias formas. Assim, encontram-se, implícita ou explicitamente, critérios como “interesse público”, “relevante interesse público”, “interesse local”, “interesse regional”, “utilidade pública”, “interesse geral”, o que acentua, conseqüentemente, o problema conceitual de serviço público e de seus correlatos.



A noção de serviço de interesse geral, a despeito de ser mais ampla e abarcar as demais categorias, foi desenvolvida pela prática comunitária. Quando isso ocorreu, já estava prevista em normas de direito comunitário a noção mais específica de serviço de interesse econômico geral. Aliás, foi justamente a partir da existência de atividades de interesse econômico que se pressupôs a existência de serviços de interesse não econômicos. Daí a assertiva de que o serviço de interesse geral é gênero do qual são espécies o serviço de interesse econômico geral e o de interesse geral não econômico<sup>135</sup>.

Tendo em vista que a União Europeia está preocupada com o âmbito do mercado e da livre concorrência, somente a categoria econômica interessa diretamente ao direito comunitário. As atividades que não possuem conotação econômica (serviços sociais em geral<sup>136</sup>) e as funções ditas “realengas” (atividades relacionadas com prerrogativas soberanas do próprio Estado-membro)<sup>137</sup> só interessam ao direito comunitário na proporção em que afetem à livre concorrência, razão pela qual a liberdade do Estado-membro, nesse âmbito, é plena.

A definição dos SIEG é casuística, sendo baseada em critérios carentes de grande objetividade. Tais critérios seriam, por exemplo, o funcionamento do serviço, a existência ou não de mercado, a necessidade da presença de prerrogativas de Estado, ou mesmo a ocorrência de obrigações de solidariedade<sup>138</sup>.

A rigor, no direito comunitário europeu busca-se a conciliação de dois interesses conflitantes, a saber: o cumprimento da função especial do SIEG e a livre concorrência. Da tensão entre eles é que, por proporcionalidade e casuisticamente, se definem as regras

<sup>135</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109 – 110.

<sup>136</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 485. Não obstante, é plenamente possível que serviços sociais, considerados, em regra, como inseridos na categoria de atividade de interesse geral não econômico, sejam tratados como serviço de interesse econômico geral, com a consequente incidência das regras correspondentes, sobretudo àquelas relativas à concorrência. É o que demonstra Eduardo Cadete com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. CADETE, Eduardo Maia. **Concorrência e serviços de interesse geral**. Lisboa: Principia, 2005. p. 24 – 26.

<sup>137</sup> UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, 27 set. 1996. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>. Acesso em 20 fev. 2016. UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>. Acesso em: 25 fev. 2016.

<sup>138</sup> Nesse sentido, UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, 27 set. 1996. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>. Acesso em 20 fev. 2016. UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>. Acesso em: 25 fev. 2016.

incidentes sobre o que, também casuisticamente, se definir como SIEG no âmbito de cada Estado-membro da União Europeia. Nessa seara, de conceituação e compatibilidade, assume um papel fundamental o princípio da subsidiariedade.

Em linhas gerais, o princípio da subsidiariedade impõe que a União Europeia só atue quando os objetivos da ação proposta não puderem ser suficientemente realizados pelo Estado-membro e quando tais objetivos forem mais bem realizados pela entidade comunitária, por razões de escala ou de efeitos<sup>139</sup>. Assim, a entidade com melhores condições de qualificar determinada tarefa como SIEG é o Estado-membro, na medida em que detém a proximidade para a visualização do regime jurídico necessário ao desempenho adequado da atividade, visando à satisfação dos interesses daquelas pessoas as quais o serviço será prestado.

Logo, por razões de subsidiariedade, compete aos Estados-membros qualificar determinadas atividades como SIEG. Já às instituições comunitárias compete o controle subsequente à qualificação, com o escopo de aferir a necessidade de a atividade, no âmbito interno ao Estado-membro, ser protegida contra a concorrência, independentemente de se constituir em serviço público ou não.

É nesse ponto que a noção de SIEG interage com a de serviço público, isto é, o conceito comunitário projeta-se, com base na perspectiva material, sobre o espaço ocupado, no âmbito francês, pelos SPIC. Essa circunstância propõe, para os casos possíveis, a ampliação da concorrência e, também, a privatização de atividade de titularidade do Estado, ou por ele prestadas. A possibilidade é aferida pela definição das características da atividade.

Em outros termos, como ideário, busca-se a livre concorrência e a iniciativa particular. A livre concorrência é buscada para todas as hipóteses em que as características da atividade e as necessidades que ela visa a satisfazer permitam. Paralelamente, busca-se a privatização das atividades de cunho econômico que são titularizadas e/ou prestadas pelo Estado, quando, pela definição comunitária, o setor não necessitar de qualquer proteção contra concorrência<sup>140</sup>.

Justamente nesse contexto que estaria inserida a nova crise incidente sobre o conceito francês de serviço público. Essa crise acontece, como visto nos itens precedentes deste estudo,

<sup>139</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 505. No presente estudo, não se aprofundará a análise sobre os fundamentos, evolução e definição do princípio da subsidiariedade, considerando os limites e objetivos desta pesquisa. Para além dessas informações perfunctórias acerca do princípio da subsidiariedade, que possuem muito mais relação com as consequências de sua aplicação do que com os aspectos atinentes a sua definição e fundamentação, vale conferir, para aprofundar a análise sobre o tema: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, p. 21 – 54, abr./jun. 1995.

<sup>140</sup> Sobre o tema, ver: BAUBY, Pierre. **Le service public**. Paris: Flammarion, 1997. p. 58 e seguintes. E, também: JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 169 – 175.

por dois motivos. Em primeiro lugar porque uma das grandes dificuldades de definir o que é serviço público está diretamente relacionada à indefinição do conceito de “interesse público” (e do mesmo modo dos conceitos correlatos, como “interesse coletivo” e “interesse geral”). Em segundo lugar porque o direito comunitário vale-se exatamente do critério material para identificar os serviços de interesse econômico geral, para fins de controle.

Os regramentos delineados como reguladores do SIEG aplicam-se apenas àquelas atividades que possuam o mencionado critério material, não importando se pertencem à esfera pública ou privada. A indicação da atividade como SIEG é competência de cada Estado que compõe a comunidade europeia. Como a liberdade de concorrência é um dos mais importantes vetores da União Europeia, destacou-se determinado aparato institucional destinado a coibir abusos por parte dos Estados-membros na definição do SIEG.

Ocorre que os critérios utilizados para a identificação do referido abuso são pouco objetivos. Assim, o delineamento dos contornos conceituais do elemento material por parte dos Estados-membros, que já era impreciso, torna-se ainda mais inseguro, na medida em que está sujeito a um controle exógeno oriundo do direito comunitário.

Nessa esteira, o critério material perde sua capacidade de, mesmo em conjunto com os demais critérios, estabelecer uma atividade como serviço público para fins de proteção contra a concorrência. A crise que assola o critério em análise é limitada a produção de um cenário de imprecisão, já que a indicação do que será de interesse público não compete mais, na proporção necessária à instauração de um serviço público, somente ao Estado.

A tensão entre a noção de SIEG e a noção de serviço público francesa está situada em um duplo aspecto. Em primeiro lugar, imaginou-se que a noção comunitária, em razão do espaço ocupado, poderia substituir o conceito francês, mormente por afetar, em parte, as consequências de definição de determinada atividade como serviço público (fala-se do aspecto da limitação, ou mesmo vedação, da concorrência). Em segundo lugar, estaria a influência exercida sobre o critério material e a imprecisão daí decorrente.

Do que foi visto, depreende-se que SIEG não é sinônimo de serviço público<sup>141</sup>. A noção de serviços público não foi substituída nem teve a importância reduzida pela de SIEG. Apesar da presença do critério material, os demais elementos não importam na definição dos

<sup>141</sup> Apesar da existência de entendimentos diversos, como é o caso de Santiago Gonzáles-Varas Ibáñez, para quem a expressão “serviço de interesse econômico geral” remete ao conceito de “serviço público” francês, considerando que ambas as noções pressupõe a existência de ato delegatório e, além disso, o artigo 77 do Tratado de Roma de 1957 (que teve o seu teor reproduzido no artigo 73 do Tratado de Amsterdã de 1997 e no art. 93 do Tratado de Funcionamento da União Europeia de 2007) foi inserido por solicitação do governo francês. IBÁÑEZ, Santiago Gonzáles-Varas. **El derecho administrativo privado**. p. 401 – 403 *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 74 (nota 31).

SIEG (o vínculo orgânico, só ocasionalmente exigido, decorre de ato administrativo que delegue ou autorize o exercício da atividade)<sup>142</sup>. Há, também, no próprio direito francês a categoria dos serviços de interesse geral, situados em paralelo aos serviços públicos<sup>143</sup>.

O SIEG relaciona-se, por aproximação, à noção de SPIC, na medida em que, como visto, à definição de SIEG importa estritamente a conotação econômica da atividade. Não há, porém, uma justaposição dos conceitos, que possuem alguns pontos de contato. A noção comunitária é mais ampla, podendo alcançar atividades que não são SPIC.

Dessa maneira, o conceito oriundo do direito comunitário não produziu a extinção do conceito francês de serviço público. Isso porque afeta parcialmente apenas uma das classes dos serviços públicos, ou seja, parte da realidade abarcada pelos serviços públicos industriais e comerciais. Os serviços administrativos (que na França são conhecidos como os serviços públicos propriamente ditos), no que se inserem os serviços de soberania e os serviços sociais, só importam ao direito comunitário na medida em que afetem a concorrência<sup>144</sup>.

## 2.4 A noção de serviço de utilidade pública (*public utility*) nos Estados Unidos da América

A noção de *public utility* surge contemporaneamente ao nascimento da noção de serviço público na França<sup>145</sup>. A rigor, o aparecimento desses conceitos é uma resposta diferente ao mesmo evento, qual seja: o esgotamento do modelo liberal em relação a certas atividades econômicas importantes à coletividade. Os norte-americanos mantiveram essas

<sup>142</sup> Alexandre Santos de Aragão entende que a noção de SIEG está relacionada tanto com o conceito de serviço público, quanto com o de *public utilities*. Nesse sentido, quando o Estado francês fosse configurar uma atividade de interesse econômico geral, com a incidência do regime jurídico correspondente, o faria por meio da instituição de um serviço público; já no caso da Inglaterra, o mesmo aconteceria com a instituição de uma *public utility*. Logo, os SIEG abarcariam os serviços públicos ou as *public utilities*, dependendo da tradição jurídica da atividade. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 109 – 110. Discorda-se dessa afirmação, pois não há relação direta entre os conceitos. Pode haver concorrência no âmbito dos serviços públicos e pode ser necessária a adoção de medidas contra a livre concorrência no âmbito do exercício de atividades privadas. Além disso, a noção de SIEG não se exige a presença dos mesmos elementos de existência de um serviço público. O mesmo vale para as atividades de utilidade pública, inexistindo correspondência necessária entre os conceitos.

<sup>143</sup> A abordagem sobre os serviços de interesse geral é facilmente encontrada na leitura das obras de direito administrativo francês. Nesse sentido, por todos, ver: RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 491 – 510.

<sup>144</sup> Nesse sentido, UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, 27 set. 1996. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>. Acesso em 20 fev. 2016. UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>. Acesso em: 25 fev. 2016.

<sup>145</sup> Veja-se que o caso *Blanco*, que inaugura a discussão no âmbito francês, foi julgado pelo Tribunal de Conflitos em 1873, e o caso *Munn vs. Ilinóis*, que é o *leading case* norte-americano, foi julgado em 1877.

atividades no domínio privado, mas sob forte regulação; já os franceses valeram-se da *publicatio*, tornando tais atividades serviços públicos<sup>146</sup>, sem dispensar, contudo, a regulação de determinadas atividades privadas.

Com base nisso, o direito administrativo francês está radicado fortemente na dicotomia que polariza o poder de polícia (restrição à esfera privada) e o serviço público. Já o direito norte-americano desconhece essa distinção, tratando de maneira diversa os referidos assuntos polarizados.

Nesse sentido, no direito norte-americano o conceito de *public utility* está inserido no único âmbito existente, que é o da atividade econômica, em que opera o poder de polícia. Já na França (e em países que sofreram influência dessa tradição quanto ao tema), opera-se em dois polos, a saber: atividade econômica (passível de limitação pelo poder de polícia), na qual atuam os particulares, e serviço público (atividade de titularidade estatal), no qual atua o Estado. É evidente o fato de que a aludida distinção estrutural acarreta consequências jurídicas diversas em cada sistema<sup>147</sup>.

Dessa maneira, pode-se dizer que na tradição jurídica norte-americana a noção de serviço público, ao menos no molde francês, é completamente desconhecida<sup>148</sup>. Nesse país, por uma série de fatores, se desenvolveu, no espaço que poderia ser ocupado pela noção clássica de serviço público, a ideia de serviço de utilidade pública (*public utility*).

A construção desse conceito está fundamentada em premissas completamente distintas das que embasaram a construção francesa de serviço público, dentre as quais: a forma de raciocinar, que influencia a maneira como se observa o instituto norte-americano, e o modo como se construiu o próprio direito administrativo, que influencia o conteúdo e o funcionamento da *public utility*<sup>149</sup>.

<sup>146</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 103.

<sup>147</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 22

<sup>148</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 98 – 99.

<sup>149</sup> Conferir, sobre as principais características do direito administrativo nos Estados Unidos e no Reino Unido, as lições de ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 139 – 155. Ressalte-se, por outro lado, que não se deve adotar de forma absoluta a distinção entre os modelos referidos de direito administrativo. Ainda que tenham se estruturado de maneira distinta, o objetivo básico que os conduz é rigorosamente o mesmo, qual seja: a limitação do poder. Nesse sentido, vale lembrar que as bases históricas de ambos remetem à luta contra o absolutismo monárquico (no caso norte-americano em face da metrópole inglesa). Sobre o tema: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 56. Além disso, e no mesmo sentido, René David, ao abordar as relações entre as duas tradições, assevera que “a tentação para falar de uma família de direito ocidental é tanto mais forte quanto é certo que existem, em certos países, direitos que não se sabe bem a qual das duas famílias pertencem, na medida em que tiram alguns dos seus

No sistema em tela, a forma de construção dos conceitos se dá do caso concreto para a hipótese em abstrato, procedimento diametralmente oposto do praticado em países como Brasil e França, cujo raciocínio se dá do abstrato para o particular. De todo o modo, o objetivo dos juristas é praticamente o mesmo, isto é: encontrar um critério, enquadrar um fato da vida em uma categoria jurídica e, depois, conceituá-lo, identificando a consequência jurídica prevista no direito<sup>150</sup>.

Nesse contexto, a França tentou elaborar um conceito geral de serviço público, elevando-o, inclusive a fundamento do direito administrativo (e mesmo do próprio Estado); os Estados Unidos da América, onde predomina o pragmatismo e o empirismo, contentou-se com o raciocínio analógico e aproximativo. Logo, nunca foi pretensão dos norte-americanos a construção de um conceito geral e abstrato do que é atividade de utilidade pública, satisfazendo-se com a indicação de um rol de serviços qualificados como tal a partir de determinados critérios. Circunstância que não impediu que o instituto passasse por crises<sup>151</sup>.

Já a construção de um conceito distinto do de serviço público é reflexo do próprio surgimento e desenvolvimento do direito administrativo em ambientes de *common law*, nos quais não se admitia, inicialmente, a existência de um regime jurídico exorbitante do direito comum. Por isso, demorou a ser reconhecida a existência de um direito administrativo de *common law*, de modo que as regras aplicáveis à Administração Pública deveriam ser as mesmas aplicáveis aos particulares, garantindo-se a igualdade<sup>152</sup>.

Com o passar do tempo, começou-se um processo de reconhecimento de um direito específico da atividade administrativa. De todo o modo, as temáticas que compõe esse ramo no direito inglês e norte-americano são distintas daquelas que o compõe no direito francês e brasileiro. Isso significa que o direito administrativo desenvolvido é diferente<sup>153</sup>.

---

elementos à família romano-germânica, e outros à família da *common law*". DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 26.

<sup>150</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95 – 111.

<sup>151</sup> Nesse sentido, com base nas lições de GRAY, Horace. The passing of the public utility concept. **Journal of Land and Public Utilities Economics**, v 16, n. 1, p. 8 – 20, Feb. 1940, ver: GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 23.

<sup>152</sup> Além das referências já citadas no início deste trabalho, ver: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez. 2006/jan. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 10 fev. 2016. p. 02 – 04. No mesmo sentido, conferir, também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. Nesse texto, o autor demonstra os aspectos centrais da influencia das aludidas tradições na formação do direito administrativo brasileiro.

<sup>153</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 18 – 24. Também: \_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo:

Os motivos da relutância quanto ao reconhecimento do direito administrativo e o rumo que esse ramo do direito seguiu após o seu reconhecimento revelam o porquê de a concepção de prestação de serviços de interesse público nos Estados Unidos (e na Inglaterra) ter se desenvolvido em sentido muito distinto. Como visto, a relutância tinha relação com o não reconhecimento das premissas que compunham a ideia de direito administrativo, tais como os preceitos exorbitantes ao direito comum. Importa-nos, para os fins a que este trabalho se destina, as discussões relativas ao tema no ordenamento norte-americano<sup>154</sup>.

A valorização dos direitos de liberdade e de livre iniciativa prevaleceu nos países mencionados. Logo, a base sobre a qual se estrutura a tradição em debate está vinculada à liberdade econômica, produzindo um ideário de restrição do âmbito de atuação do Estado<sup>155</sup>. Predominou a noção de que o Estado cumpriria seu papel pela mínima interferência no mercado, que se encarregaria de regular a si próprio por meio da mão invisível<sup>156</sup>.

Com base nessa forte influência da teoria liberal, as atividades de natureza econômica, das quais se poderia retirar lucro, ficaram, e ainda estão, no âmbito da iniciativa privada, sendo de livre acesso a qualquer interessado. Vale lembrar, todavia, que existem atividades privadas exercidas por empresas estatais, inclusive em regime de monopólio. Logo, ao contrário do que se verificou com a ideia clássica de serviço público francês, inexistiu titularidade estatal e delegação de prestação das aludidas atividades.

As únicas tarefas de titularidade estatal seriam aquelas típicas de Estado (ex.: justiça e defesa interna e externa). As demais podem se constituir em atividades privadas investidas com utilidade pública e, por isso, reguladas pelo Poder Público com incidência ordinária do

---

Revista dos Tribunais, 1995. p. 78 – 100. CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72.

<sup>154</sup> Para aprofundar o estudo acerca do tema no âmbito do ordenamento jurídico inglês, ver: JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 149 – 167.

<sup>155</sup> O predomínio dessa ideia, no entanto, não significa que inexistem atividades estatais, nem mesmo que o Estado não intervém na economia. Existem atividades que são prestadas diretamente pelo Estado, inclusive em regime de monopólio (como é o caso do serviço de correios) e outras que são fortemente reguladas. Ocorre que a regra é a não intervenção. Nesse sentido, ver: MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015. p. 11 – 13.

<sup>156</sup> Sobre o argumento da mão invisível, ver: SMITH, Adam. **A riqueza das nações** – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas. Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Abordando aspectos desse argumento e sua inserção no âmbito do desenvolvimento das teorias econômicas, ver: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Economia Política para o Curso de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012. GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

poder de polícia<sup>157</sup>, ou, no limite, em *public utilities*, sendo ainda mais severamente reguladas e fiscalizadas pelo Estado, com a aplicação igualmente mais contundente do poder de polícia.

Nesse cenário, a atuação do Estado se dá pela regulação das atividades econômicas quando o mercado se mostra incapaz de prestá-las adequadamente. Tal regulação possui métodos de realização, os quais foram se desenvolvendo na medida da necessidade imposta pela realidade subjacente às atividades afetadas pela utilidade pública<sup>158</sup>.

É justamente no âmbito dessa regulação e dos seus métodos que surge a discussão acerca da qualificação de determinadas atividades como *public utilities*. Isso porque o problema enfrentado nos EUA quanto ao tema em análise consiste no estabelecimento de qual atividade (em termos de destinação) deve ser uma atividade para que se permita (ou se exija) maior ou menor regulação. Em outras palavras, a identificação da utilidade pública de certa atividade é o fator que permite dimensionar a proporção do poder de polícia aplicável<sup>159</sup>.

Inicialmente, essa regulação se deu por meio de decisões judiciais, pois não havia normas relativas às atividades de utilidade pública, nem um órgão ou uma entidade constituída para tratar dos problemas decorrentes da prestação desses serviços. Essas lacunas institucionais forçaram as pessoas a buscar a solução de seus problemas junto ao Poder Judiciário. Os direitos buscados pelos consumidores cingiam-se à obrigação de prover um serviço adequado, não discriminatório e com taxas razoáveis. Depois, sobrevieram regulações por legislação, por contratos, por comissões (*commissions*) e agências (*agencies*)<sup>160</sup>.

Assim, *public utilities* são as atividades sobre as quais incide uma forte regulação estatal<sup>161</sup>. Considerando que é justamente no âmbito da amplitude da regulação incidente que se pauta o debate acerca das atividades de utilidade pública norte-americana, o traço distintivo entre as demais atividades econômicas é a proporção do poder de polícia aplicável e decorrente dessa regulação. No entanto, essa característica não fornece elementos para a definição de quais as atividades constituem-se como de utilidade pública. Essa característica é decorrência, de um lado, da já mencionada forma como se desenvolveu o direito norte-americano, e, de outro, da própria forma como se raciocina no interior desse sistema<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> Conferir, LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o código de águas**: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of de public utilities*. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 117 – 125.

<sup>158</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 98 – 101.

<sup>159</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 22.

<sup>160</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira**: fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73 – 78.

<sup>161</sup> Nesse sentido: BAUER, Jonh. **Effective regulation of public utilities**. New York: Arno, 1976. p. 01.

<sup>162</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95 – 111.



Por conseguinte, a discussão nos Estados Unidos diz respeito ao grau de regulação que deve incidir sobre dada atividade, sendo essa a importância da caracterização de determinada tarefa como de utilidade pública. Diferentemente, na França, a discussão gira em torno da classificação das tarefas titularizadas pelo Estado, situação que, como dito, é desconhecida no direito norte-americano, salvo no que tange às competências típicas de Estado.

Percebe-se, do que foi dito até aqui, que não é possível determinar de antemão quais as atividades podem ser caracterizadas como de utilidade pública. A rigor, a identificação se dá por meio da apresentação de rol exemplificativo de atividades que são tidas como tal. Dentre as atividades que comumente compõem o mencionado rol estão aquelas prestadas historicamente por grandes empresas privadas e que foram sendo reguladas ao longo do tempo<sup>163</sup>.

De todo o modo, é possível dizer que os principais elementos de caracterização de uma atividade como de relevância pública são, primeiro, a importância que possuem para a sociedade e, segundo, a ineficiência da iniciativa privada de oferecer adequadamente os serviços. Embora parcela das atividades de utilidade pública possuam determinados privilégios, a existência desses benefícios não é condição para tal caracterização<sup>164</sup>.

A consequência direta da qualificação de determinada atividade como de utilidade pública é a incidência de regulação estatal mais intensa em relação à aplicável sobre todas as demais atividades econômicas comuns. Essa modalidade de ação estatal interventiva se dá ou (a) por prestação direta da atividade pelo Estado (*public ownership*); ou (b) por meio de regulação das taxas e das práticas (*regulation*)<sup>165</sup>.

Da adoção do segundo modelo pelos norte-americanos (embora não esteja correto afirmar que inexistia prestação direta pelo Estado nos EUA), decorrem algumas consequências dogmáticas bastante significativas. Dentre essas consequências, destaca-se o fato de que a ingerência estatal é apenas a estritamente necessária para evitar e combater abusos da livre iniciativa, no que se inclui a manutenção dos preços praticados o mais próximo possível dos concorrenciais, ainda que o mercado seja regulado pelo Estado<sup>166</sup>.

<sup>163</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p 26 – 27.

<sup>164</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

<sup>165</sup> WYMAN, Bruce. State control of public utilities. **Harvard Law Review**, n. 24, p. 624-634, jun. 1911. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1324096>>. Acesso em: 11 de março de 2016. p. 628 – 629.

<sup>166</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities***. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 129.

Além disso, na medida em que a titularidade da atividade, mesmo quando qualificada como de utilidade pública, não é estatal, os bens utilizados na prestação do serviço são privados, as pessoas que a utilizam são consumidores, e as que trabalham nela são regidas pelos direitos trabalhistas aplicáveis à iniciativa privada. Em suma, a qualificação como de utilidade pública não retira a natureza privada da atividade<sup>167</sup>.

Em termos de conceituação, é importante frisar que há, no âmbito da doutrina norte-americana, aqueles que asseveram existir diferenças consideráveis entre atividades afetadas pelo interesse público e atividades de utilidade pública, nas quais incidiria maior regulação. Nessa linha de raciocínio, o fato de uma atividade ser de interesse público não a transforma em uma atividade de utilidade pública. Dessa forma, apesar de as cortes norte-americanas terem misturado os conceitos, seria necessário resolver a questão conceitual, separando-os<sup>168</sup>.

O *leading case* da matéria foi *Munn. vs. Illinois*, julgado em 1877, no qual se estabeleceu a categoria de atividade econômica afetada pelo interesse público. O início da confusão conceitual se deu no julgamento de *Brass vs. North Dakota*, julgado em 1984. A mescla entre os conceitos perdurou até 1934, quando a Suprema Corte norte-americana julgou o caso *Nebbia vs. New York*, no qual se definiu que poderia haver regulação sobre atividades que não se qualificassem como *public utilities*, quando fossem afetadas pelo interesse público. Nesse contexto, entendeu-se que a regulação da atividade econômica seria sempre possível, desde que razoável. Logo, a discussão foi deslocada para a questão sobre a razoabilidade da regulação<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

<sup>168</sup> Nesse sentido, ver: LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. **South Texas Law Journal**, v. 3, p. 182 – 315, 1958, *apud* GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 23 – 26.

<sup>169</sup> Sobre o tema, com base nas lições de Lovejoy, ver: GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 24 – 26. José Guilherme Giacomuzzi esclarece que no primeiro julgado, a situação fática era a seguinte: uma lei no Estado de Illinois havia colocado limite máximo no preço cobrado para a estocagem de cereais, especificamente para proprietários de elevadores e armazéns de grãos. Esses proprietários alegavam que essa lei feria o direito constitucional de propriedade. A discussão, então, gravitava em torno da constitucionalidade de uma lei de Estado-membro que regulava preços de estocagem de grãos. A Suprema Corte decidiu no sentido de que o exercício de atividades particularmente importantes para a sociedade pode ser limitado por esta mesma sociedade por meio de restrições ao uso da propriedade. Assim, as pessoas seriam livres para exercer a atividade, mas, uma vez nela, deveriam se submeter às restrições correspondentes, oriundas de atos do Estado. Assim, o exercício do poder de polícia é apropriado/razoável em nome do interesse público. Decorreu daí a categoria de atividade econômica afetada pelo interesse público. Posteriormente, a questão passou a consistir na definição de quais as atividades econômicas eram enquadráveis nessa categoria. Nesse âmbito está inserido o segundo caso, e nele se deu a confusão, pelas cortes, entre atividade afetada pelo interesse público e as atividades conceituáveis como de utilidade pública. No julgado, a Suprema Corte deveria analisar a validade de lei que regulava todos os elevadores de cereais no Estado de Dakota do Norte. Na ocasião, a Corte, por maioria (5 a 4), julgou válida a lei, sustentando basicamente que a estocagem de cereais via elevadores havia sido considerada atividade “afetada pelo

A partir da análise dessa linha intelectual, percebe-se que, de certo modo, o problema enfrentado pelos norte-americanos, no que tange à conceituação de seu instituto, é semelhante aos problemas enfrentados pelos franceses na conceituação do serviço público, qual seja: a dificuldade de conceituar serviço de utilidade pública, ou serviço público, com base na noção de interesse público. Evidentemente, em cada sistema o problema é dimensionado de acordo com suas características e premissas estruturais.

Embora seja demasiado difícil conceituar as atividades de relevância pública, seria possível identificar cinco pontos dignos de observação. Isso além dos dois critérios supramencionados somados à avaliação do modo como os serviços são prestados ao público.

Primeiro, são atividades que envolvem um grupo de serviços que hoje são considerados indispensáveis para um padrão de vida digno, tais como eletricidade, água potável, gás e telefonia. Segundo, são atividades que são ou eram prestadas em regime de monopólio, natural ou de fato. Terceiro, são atividades que exigem elevadíssimos investimentos, motivo por que somente grandes empresas podem exercê-las, fazendo-o apenas se tiverem incentivos (privilégios) estatais. Quarto, da situação de monopólio deriva uma posição vantajosa para o fornecedor. Quinto, o usuário torna-se dependente do prestador do serviço na região em que está domiciliado, estando submetido ao risco de não aperfeiçoamento e expansão da atividade<sup>170</sup>.

Uma atividade que preencha esses requisitos poderá ser qualificada como *public utility* e, conseqüentemente, submeter-se a uma regulação mais intensa do que a incidente sobre as demais atividades econômicas, ainda que de interesse público. Em resumo, o debate nos EUA está situado no âmbito do dimensionamento da regulação de atividades privadas não definidas *a priori*, mas identificáveis a partir dos critérios referidos.

---

interesse público” em Illinois e em Nova Iorque, de modo que essa atividade era uma *public utility*. Em suma, enquanto a maioria dizia que poderia haver regulação em razão do interesse público da atividade, a minoria dizia que a mesma atividade não poderia ser regulada por não ser uma *public utility*. Após essa mescla conceitual, sucedeu-se uma fase de apreciação de casos via controle do exercício do poder de polícia que deveria ser apropriado e razoável. Nesse período, seguro contra incêndio, por exemplo, foi considerado como uma *public utility*; ao passo em que o armazenamento de carne não. A cisão entre os conceitos de interesse público e atividade de utilidade pública somente ocorrerá com o terceiro caso, no qual a questão em debate era a constitucionalidade de lei estadual que regulava os preços de comercialização do leite. Nesse processo, um produtor de leite foi condenado criminalmente por vender abaixo do preço estabelecido. O produtor alegava, em sua defesa, que a atividade exercida não era uma *public utility*, não podendo sofrer tal restrição. A Corte concordou com a premissa, ou seja, de fato a atividade não se caracterizava como *public utility*; contudo, disso não se extrairia a conclusão, porquanto se tratava de uma atividade afetada pelo interesse público, motivo por que poderia haver a incidência de regulação.

<sup>170</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o código de águas**: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities*. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 129.

## 2.5 Síntese conclusiva do capítulo

Diante das considerações tecidas ao longo deste primeiro capítulo foi possível verificar as origens do conceito clássico de serviço público. A ideia bruta de serviço público remete a um período histórico bem anterior à Revolução Francesa e ao aparecimento das primeiras referências à noção de serviço público.

Essas primeiras referências remetem à jurisprudência do Tribunal de Conflitos e do Conselho de Estado, com base na qual a Escola Francesa de Serviço Público efetuou a sistematização e o aprofundamento do referido conceito, estabelecendo a noção clássica de serviço. No âmbito deste movimento, desenvolveram-se três critérios para definição dos serviços públicos, o orgânico (ou subjetivo, relacionado à titularidade), o material (ou objetivo, relacionado à finalidade da ação) e o formal (regime jurídico, relacionado aos meios de ação).

Não obstante a parcial divergência entre os autores que compunham essa Escola no que concerne à envergadura de cada critério, a evolução da matéria se deu no sentido de conjugar os três elementos. Assim, serviço público, do ponto de vista clássico, seria a atividade de titularidade do Estado prestada à coletividade, sob regime jurídico de direito público, com o objetivo de atender ao interesse público. Hodiernamente, a presença dos três critérios constitui-se em forte indício de que a atividade que os conjuga é serviço público.

Os elementos que compõem essa definição foram, ao longo do tempo, passando por redefinições, em razão das modificações sociais, econômicas, jurídicas e tecnológicas da realidade em que o conceito estava inserido. Essas redefinições foram denominadas de crises conceituais e sua transposição acarretou na evolução do conceito clássico de serviço público. Tal evolução produziu a multifacetada noção atualmente existente, composta por uma série de classificações. A amplitude dessas classificações é dimensionada de acordo com a perspectiva da qual se observe o fenômeno.

A observação desse cenário é particularmente importante para a compreensão da maneira como a noção clássica de serviço público (que conjuga os três elementos) aporta no Brasil (onde já existiam menções a “serviço público”, ainda que sem referência a um conceito dogmático-jurídico ou técnico). O direito brasileiro recepciona por importação uma definição pré-moldada, trazendo com ela, sem a reflexão sobre os respectivos debates, toda a problemática correspondente ao seu dimensionamento.

Essas assertivas põem em evidência os motivos pelos quais tem grande importância a análise da noção clássica de serviço público, sua evolução, passando pelas crises conceituais,

e chegando-se ao que o conceito é atualmente. É a partir dessa observação que se torna possível compreender as causas da mutação do conceito de serviço público, retirando dessa fonte ferramentas para a construção das respostas aos problemas contemporâneos que o tema enfrenta no Brasil. Colimar a origem do instituto auxilia, ainda, no entendimento acerca do significado básico da definição de determinada atividade como serviço público.

É pelo mesmo conjunto de razões que a análise do conceito de atividade de utilidade pública tem importância. O Brasil, além da aludida importação da França, trouxe para o ordenamento jurídico pátrio conceitos da tradição norte-americana. Dentre tais conceitos foi importado o de serviço de utilidade pública. A compreensão do significado do referido conceito, em sua realidade, permite o entendimento do âmbito em que ele opera, ou, ao menos, deveria operar.

Assim, as considerações voltadas à exposição do é uma atividade de utilidade pública para os norte-americanos possibilita entender o que deveria significar a utilização do mesmo conceito no Brasil. Por aqui, como se verá em momento oportuno, vivenciou-se um movimento pendular entre a recepção da tradição francesa e da tradição norte-americana.

A rigor, nesse movimento não houve o abandono de uma tradição ao se valer das noções inerentes à outra, mas sim uma soma, de modo que ambas as tradições convergiram, com seus conceitos e problemas, no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, a resolução dos problemas inerentes aos conceitos que funcionam por aqui impõe a compreensão dos dados correspondentes em suas respectivas tradições.

A convergência dessas duas tradições no âmbito do direito brasileiro produz uma série de dificuldades de compatibilização teórica e prática dos institutos importados, gerando, por conta disso, confusões no uso dos conceitos. A solução dessas confusões, a partir da definição do âmbito de incidência de cada conceito, impõe, de um lado, a referida compreensão das origens das noções citadas, e, de outro, o uso de ferramentas adequadas à alocação dos conceitos importados de tradições bastante diferentes entre si.

Nesse particular é que assume especial importância a análise das disposições oriundas do direito comunitário europeu, mormente no que concerne aos pontos de contato com o conceito de serviço público francês. Embora as produções jurídicas dessa entidade não tenham causado impacto em proporção suficiente para gerar a modificação (e muito menos a extinção) da noção de serviço público, o esforço da União Europeia no sentido de compatibilizar os seus objetivos aos institutos de direito interno dos Estados-membros, resultou na elaboração de instrumentos interessantes.

Os objetivos da União Europeia de construção de um livre mercado europeu, o que perpassa, necessariamente, pela livre concorrência, adentrou em espaço ocupado pelas atividades econômicas de titularidade de alguns Estados-membros (ou por eles prestadas). A ocupação desse espaço, no âmbito daquelas nações que adotaram a tradição francesa, gerou pontos de contato, em certa medida conflituosos, com a noção de serviço público. A união Europeia, reconhecendo a importância das aludidas atividades, desenvolveu o conceito de serviço de interesse econômico geral (SIEG), que é diverso das noções internas destinadas a explicar a inserção do Estado no domínio econômico.

A noção de SIEG, mesmo em termos conceituais, não tem grande ingerência sobre o conceito de serviço público operante no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a compreensão das ferramentas utilizadas pela União Europeia para, de um lado, compatibilizar tradições jurídicas bastante distintas entre si e, de outro, buscar a efetivação, ao colocar em prática um projeto de integração econômica, da livre concorrência, fornece importantes instrumentos para o cenário brasileiro.

Tais instrumentos voltam-se à construção de elementos que permitam, sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, instituir uma chave de sistematização da operacionalidade da noção de serviço público. Essa possibilidade de sistematização ocorre tanto em relação à conceituação em âmbito estadual e municipal com a devida consideração das disposições constitucionais acerca da livre iniciativa, quanto em relação à compatibilização das tradições (francesa e norte-americana) que convergem, por importação, no direito pátrio.

A principal ferramenta é a vinculada ao tratamento dos serviços públicos estaduais e municipais. O instrumento importado consiste na atribuição de liberdade aos entes federados para a definição de seus serviços públicos, desde que balizados pelo princípio da subsidiariedade. Nesse particular, *mutatis mutandis*, o princípio da subsidiariedade pode assumir um papel de destaque no âmbito da ação dos estados-membros e municípios no domínio econômico.

### 3 SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL: ANÁLISE ACERCA DA FORMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO À LUZ DA INFLUÊNCIA DE SUAS FONTES DE INSPIRAÇÃO

Neste capítulo, tratar-se-á da construção e do desenvolvimento da noção de serviço público no Brasil até o seu atual estágio. A abordagem terá como fio condutor o direito constitucional brasileiro, uma vez que, aqui, o tema há bastante tempo tem tal status (desde, no mínimo, 1934), sendo esse o seu primeiro traço distintivo em relação às tradições que lhe serviram de inspiração. Além disso, o debate acerca do tema, como se verá ao longo deste capítulo, somente se inicia à luz da Constituição de 1891<sup>171</sup>.

Partindo dos textos constitucionais, buscar-se-á identificar a recepção do conceito francês de serviço público, bem como do conceito norte-americano de serviço de utilidade

---

<sup>171</sup> Ainda que não seja objetivo deste estudo a investigação histórica da política econômica brasileira, cumpre tecer breves considerações sobre o tema. A regulação econômica brasileira no período entre 1500 e 1831 era estritamente patrimonialista. A nossa primeira Constituição (1824) insere-se no final do referido período. Nesse modelo, imperava um baixo comprometimento da organização estatal com os súditos do poder. Assim, a máquina estatal voltava-se aos interesses dos governantes, tendo toda a regulação estatal a finalidade de preservação das fontes do poder da nobreza reinante, no que se incluíam as atividades econômicas. Na administração patrimonialista, o próprio país era de propriedade privada do soberano. Na época, toda a política econômica portuguesa era concebida sob a premissa de extração das riquezas disponíveis, indo no mesmo sentido as instituições jurídicas, políticas e administrativas. O instrumento de regulação patrimonialista era o regime de monopólio, operado por meio das companhias de comércio e das concessões régias. Ver: AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 83 – 86 e p. 100. No âmbito dessa política extrativista, a formatação inicial das instituições inspirava-se no modelo feudal, o que se refletia na organização social. Sobre o tema: LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 212 – 215. No mesmo sentido, FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. p. 151 – 159. Este autor falou a respeito do chamado feudalismo brasileiro. Inserem-se nessa concepção: (I) as feitorias, (II) as donatarias, mesmo com o advento do Governo-Geral, e depois, com (III) a política de engenho, implantada para produção do açúcar. Em torno do senhor de engenho se organizou a estrutura social do país. Praticamente não havia atividade profissional que não estivesse atrelada ao engenho, que, na ausência de um mercado, era autossuficiente, pois tudo do que necessitava para a sua subsistência era produzido localmente. Mais do que isso, toda a estrutura de nossa sociedade colonial teve sua base em propriedades privadas e não em cidades. A propósito, HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia da Letras, 1995. p. 81. O Estado, nessa quadra histórica, será sentido apenas como o titular da violência e cobrador de impostos, sem compromisso com a prestação de comodidades aos sujeitos que nele vivem. Com a transformação do Brasil em Vice-Reinado, em 1762, surgem os primeiros sinais de melhoramentos urbanos instituídos pelo governo, com a construção de edifícios públicos, civis e militares, além de medidas de saneamento básico e iluminação pública, bem como o oferecimento de serviços regulares de correio público (1798 - 1799). Depois, com vinda da Corte de Dom João VI para o Brasil (novembro de 1807, com permanência entre 1808 - 1821), realizou-se, além de um avanço em algumas atividades já existentes (com a criação da primeira organização nacional de saúde pública no Brasil, de Academias Militares – Academia Real da Marinha, em 1808, e a Academia Real Militar, em 1810 – e de Escolas de Medicina, na Bahia e no Rio de Janeiro, em 1808) e da abertura dos portos às nações amigas, a transformação da capital em centro da monarquia, alocando-se, aí, grande parte dos recursos disponíveis. Iniciou-se, então, um processo de desenvolvimento econômico, investindo-se, por exemplo, na construção de estradas e melhoramento dos portos. LIMA, Heitor Ferreira. **História político-econômica e industrial do Brasil**. São Paulo: Editora Nacional, 1978. p. 177. Logo, a ação do Estado se deu muito mais em termos de realização de obra e uso de bem público do que propriamente em relação à prestação de serviços.

pública. Além disso, pretende-se observar a forma como tais noções foram inseridas no contexto brasileiro, considerando as peculiaridades que adquiriram nesse processo e, também, o papel que exerceram na formação do conceito pátrio de serviço público.

O enfrentamento do tema baseado nas disposições constitucionais carrega consigo uma série de desafios. O principal deles está radicado no fato de que em nenhuma de nossas constituições constou um conceito material de serviços público. Outra dificuldade que deve ser apontada é decorrente das modificações das fontes de inspiração de nossa trajetória constitucional, o que implicou na inserção de noções e institutos oriundos de tradições diferentes entre si e que não possuem, por suas características, um convívio harmônico<sup>172</sup>.

Por essas razões, a referida abordagem se dará pela observação das competências materiais do Estado<sup>173</sup>, porquanto foi em torno delas que se desenvolveu a aplicação da definição de serviço público e a sua classificação subsequente, bem como pela observação do uso das referidas expressões no texto constitucional. Antes da realização da referida abordagem, é importante situar os temas que serão debatidos neste capítulo. A finalidade desse conjunto de informações preliminares é desvelar o momento em que o problema conceitual dos serviços públicos é colocado e a forma como isso acontece.

No período do império, em que começa a surgir o direito administrativo brasileiro<sup>174</sup>, adotam-se, com a Constituição de 1824, os princípios do Estado Liberal, sob influência do

<sup>172</sup> Vale reiterar, com o escopo de não se gerar nenhuma espécie de confusão, que, ao menos para os fins a que este trabalho se destina, são diferentes as noções de “critério”, “sentido” e “conceito” relacionadas à noção de serviço público. Assim, “critério” é o instrumento a partir do qual se procura definir o que é serviço público, sendo, portanto, um dos elementos que compõe o conceito do instituto em questão. Fala-se, então de critério orgânico, material e formal, como sendo aqueles oriundos da construção francesa. Por sua vez, “sentido” equivale à referência feita pela expressão quando utilizada em determinado momento. Já “conceito” é fórmula por meio da qual se exprime a referência a determinado fenômeno. Nesse contexto, por exemplo, quando se menciona “critério material”, está-se referindo à parcela do conceito clássico de serviço público, que é composto, ainda, pelos critérios orgânico e formal. Por outro lado, quando se diz que inexistente na Constituição um “conceito material” de serviço público, está-se a afirmar que no texto constitucional não consta uma fórmula por intermédio da qual se exprime determinado fenômeno, ou seja, a Constituição não diz o que é serviço público, de modo a tal definição aplicar-se sobre determinadas atividades. Por fim, quando se alude ao “sentido material”, o que se está dizendo é que, em determinada situação, o texto constitucional utilizou a expressão “serviço público” como equivalente a competências materiais do Estado.

<sup>173</sup> As competências do Estado podem ser materiais ou legislativas e, para esta pesquisa, consistem na capacidade jurídica de agir de uma pessoa jurídica estatal de caráter político e existência permanente, ou seja, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. A competência legislativa é a capacidade de editar normas de natureza primária, inovadora ou modificadora da ordem jurídica; a competência material (ou competência administrativa) é a capacidade que possuem as pessoas estatais mencionadas de realizarem de ofício atividades de conteúdo individual e concreto. Conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Fundamentais: conhecer para exercer – constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 268.

<sup>174</sup> O direito administrativo surge em um contexto de afirmação dos ideais liberais. Durante o segundo império, Visconde do Uruguai publicou sua obra. O autor valeu-se das concepções que recém estavam surgindo na França, aproximando o Brasil desse modelo. Conferir: URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. Conferir, também: REGO, Vicente Pereira



direito francês, inclusive com a criação do Conselho do Estado<sup>175</sup> – órgão que exercia função consultiva, e não jurisdicional<sup>176</sup>. As competências materiais do Estado constantes na Constituição em tela eram o reflexo dos princípios liberais adotados<sup>177</sup> e de sua índole patrimonialista<sup>178</sup>. Assim, embora a inserção dessas atividades no texto constitucional tenha representado a ampliação e o melhoramento em relação ao quadro existente desde a instauração do Vice-Reinado em 1762<sup>179</sup>, o oferecimento de atividades materiais pelo Poder Público manteve-se escassa e bastante pontual<sup>180</sup>.

---

do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geral Henrique de Mira & C., 1860; e RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, Livreiros-editores 87, 1866. Para uma análise da evolução histórica desse ramo do direito no Brasil, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 de abr. de 2014. p. 01 – 08. A autora refere que o direito administrativo como ramo autônomo surge no final do século XVIII e início do século XIX, com o desenvolvimento do Estado de Direito estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes. No entanto, já existiam normas que hoje comporiam esse ramo do direito. Ocorre que tais normas se enquadravam no direito civil. A mesma autora, como exemplo, refere que no Brasil-Colônia já havia normas que regiam as relações do Monarca com seus delegados, com a igreja e com os colonos, as quais seriam classificadas como de direito público.

<sup>175</sup> Jean Rivero aduz que “com a Monarquia de Luís-Felipe [1830 – 1848], o Conselho de Estado muda de fisionomia. Estruturara-se até então num regime de monarquia parlamentar, o qual encontra desde aquela época seu poder na irradiação, o que coincide com o primeiro grande período de expansão do direito administrativo francês. O Conselho de Estado é imitado [...] pelo Brasil (ainda que a influência se ache no Estatuto do Conselho de Estado de 1842, combinado com tradições propriamente portuguesas, e que a função contenciosa do Conselho permaneça secundária)”. RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 104 – 105.

<sup>176</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 de abr. de 2014. p. 09 – 10. Essa característica reforça a influência do modelo Francês sobre o brasileiro, pois o Conselho de Estado Francês, nesse período (e isso perdura até a edição da Lei de 24 de maio de 1872), não exercia função jurisdicional plena, pois suas decisões eram sujeitas à aprovação do soberano, constituindo-se, basicamente, em pareceres. Nesse sentido, RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 160.

<sup>177</sup> A Constituição de 1824, que entrou em vigor apenas dois anos após a proclamação da independência do Brasil, deixava claro que as competências do Estado, na época, consistiam naquelas típicas de modelos liberais. Esse texto constitucional continha as seguintes menções a atividades públicas: os socorros públicos (art. 179, XXXI), a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos (art. 179, XXXII), colégios e Universidades (art. 179, XXXIII), segurança pública interna e externa (art. 102, XV). No âmbito dessa Constituição, ao Estado não eram atribuídas competências de cunho econômico (no sentido de produção e circulação de riquezas). Corroborando essa orientação liberal, no art. 179, XXIV, do texto constitucional, positivou-se uma aspiração antiga dos brasileiros, qual seja: a extinção das restrições comerciais e produtivas impostas pela Coroa Portuguesa ao longo dos 320 anos antecedentes. No mesmo sentido, tinha-se o inciso XXII do citado artigo, cuja redação garantia o direito de propriedade em toda a sua plenitude.

<sup>178</sup> A presença da orientação patrimonialista no texto constitucional pode ser visualizada no art. 99, que afirmava que a figura do imperador era sagrada, inviolável e isenta de responsabilidade. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 102 – 104. A orientação política, nos anos iniciais de vigência da Constituição de 1824, também demonstra a continuidade com o modelo patrimonialista. Isso porque, por exemplo, mesmo com a Independência do Brasil, manteve-se com a Coroa Portuguesa o monopólio do Pau-Brasil. SIMONSEN, Roberto. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Nacional, 1978. p. 63.

<sup>179</sup> Nesse sentido, apresentado um rol de melhorias perceptíveis na época, ver: LIMA, Heitor Ferreira. **História político-econômica e industrial do Brasil**. São Paulo: Editora Nacional, 1978. p. 219.

<sup>180</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 20 – 21.

Com o segundo reinado, em 1831, inicia-se uma redução do modelo patrimonialista. Trata-se de um período de transição. A regulação econômica passa a ser desconcentrada, difundindo-se o poder que estava concentrado no imperador para províncias e municípios. Ao lado disso, acentua-se o liberalismo brasileiro com o predomínio da desregulação das atividades econômicas, ainda que não total, já que, na época, o Estado adotou uma série de medidas voltadas a proteção e ao desenvolvimento da iniciativa privada. A partir da década de 50 do século XIX, ampliam-se a prestação de serviços ao público pelo Estado<sup>181</sup>.

De todo o modo, embora a ideia bruta de serviço público tenha nos aduzidos períodos os seus primórdios, as discussões atinentes ao tema surgiram, de fato, subsequentemente, em processo semelhante ao que aconteceu na França, diferindo-se, basicamente, pelo foro onde os debates se iniciaram. Lá, as discussões começaram na Jurisprudência e se espraiaram para a doutrina; aqui, começaram na doutrina, passaram, quase que em paralelo, pela jurisprudência, e chegaram ao direito positivo constitucional.

Na primeira república (1889 – 1930), como resultado do abandono do modelo francês de jurisdição, suprimiu-se o Conselho de Estado (e, também, o Poder Moderador). A fonte de inspiração passou a ser o direito estadunidense (veja-se que o Estado brasileiro passa a ser chamado de “Estados Unidos do Brasil”, o que perdurou até a Constituição de 1967), nesse e em outros aspectos<sup>182</sup>. A partir daí a Administração Pública começou a se submeter à justiça comum, em um sistema de jurisdição una<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 105 – 108 e p. 111 – 115. O autor refere, ainda, que a prestação de serviços públicos, em regra, não era regulamentada, havendo, em alguns casos, regramentos contratuais de natureza privada ou regulamentos visando à atração de investimentos (com previsão de garantia de juros, rendimento mínimo e generosos prazos de amortização). No mesmo sentido, Caio Tácito aduz que o modelo inicial de concessão de serviço público era tipicamente consensual, sendo esse o mecanismo pelo qual se inseriu no direito pátrio a experiência estadunidense. Nesse contexto, é que se encontram no Brasil os conceitos de serviço público e de utilidade pública oriundos da França e dos Estados Unidos da América, respectivamente. Isso porque, vigorando a inspiração francesa com o aludido tipo de regulação dos serviços públicos, o modelo das *public utilities*, em substância, coincidia com a característica consensual empregada. Sobre o tema, ver: TÁCITO, Caio. Evolução das concessões de energia elétrica no Brasil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 762. Sobre a criação e ampliação dos serviços oferecidos pelo Estado ao público, ver: PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1980. p. 192 e seguintes. Ver, também: SINGER, Paul. **Desenvolvimento econômico e evolução urbana**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977. p. 39.

<sup>182</sup> No ponto, vale lembrar que, por força do art. 386 do Decreto 848 de 1890, destinado à organização da Justiça federal, os casos de *common law* e *equity* eram subsidiários da jurisprudência e processo federal, constituindo-se, portanto, em fonte do direito.

<sup>183</sup> A alteração da base do direito administrativo nesse período foi consequência da extinção da dualidade de jurisdição. Com efeito, a Constituição de 1891 adotou o modelo norte-americano de jurisdição una (que nunca mais foi abandonado). O responsável pela sistematização teórica da referida alteração, foi Alcides Cruz, com seu livro “direito administrativo brasileiro” (1912 e 1914). A partir disso, o Brasil se afasta do modelo francês e se aproxima do norte-americano. Vale ressaltar que esse afastamento não significou um abandono, na medida em que as características postas no direito brasileiro, por meio dos estudos, radicados em premissas oriundas da tradição francesa, de autores como Visconde do Uruguai, ao longo do segundo

Isso aconteceu com o advento da Constituição de 1891, sob o domínio da qual, a despeito da ausência de dispositivos expressos, um dos aspectos da problemática relativa aos serviços públicos foi colocada. Tratou-se da utilização da expressão para explicar determinadas atividades de competência do Estado e o seu papel no domínio econômico. O problema ainda não era conceitual, ou seja, não houve um enfrentamento do conceito em uma perspectiva dogmático-jurídica.

Na oportunidade, a discussão acerca da identificação de determinadas atividades como tal aconteceu na seara doutrinária, em razão da ausência de tratamento expresso e ordenado no âmbito do texto constitucional. Parcela desse debate doutrinário foi inserido no texto da Constituição subsequente, redimensionando-se a discussão relativa ao assunto. Depois disso, as constituições seguintes não alteraram a essência do cenário relativo ao tema. É nesse quadrante que se insere o subcapítulo 3.1 e os seus itens.

Ressalte-se, por oportuno, que, cronologicamente, só se pode falar, no Brasil, em serviço público (em sentido correspondente à noção clássica) depois da elaboração do conceito na França. É difícil dizer, com precisão, quando isso aconteceu, mas é possível identificar que os primeiros passos concretos nesse sentido se deram após os estudos elaborados pela Escola Francesa do Serviço Público, no século XX<sup>184</sup>.

---

império, foram seguidas, ao menos na essência. Assim, Alcides também reconhecia a existência de um direito especial para a Administração Pública. Nesse sentido, já se falava, ainda que não com a dimensão conceitual que possuem hoje, de certas figuras que se tornariam típicas do direito administrativo, tais como: (a) atos administrativos, (b) serviços públicos, (c) domínio público e (d) funcionalismo público. SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 44 – 45. CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 15 – 27. Esse autor, inclusive, defendia a existência de tribunais administrativos organizados nos mesmos moldes dos tribunais judiciais. Apesar disso, reconhecia que, diante do ordenamento jurídico, inexistia tal estrutura, asseverando que o contencioso administrativo existente na época era reduzido. Op. Cit. p. 254 – 262.

<sup>184</sup> Em relação ao desenvolvimento do conceito de serviço público na França, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho, tem-se que o debate se inicia em 1873 com o caso *Blanco*, no bojo do qual foi tratado da responsabilidade objetiva do Estado pela prestação de serviços públicos (a noção de “serviço público”, na ocasião, era destituída de um significado dogmático-jurídico). Desse julgado, não se seguiu imediatamente nenhuma construção conceitual de serviço público. Somente em 1903, com o julgamento do caso *Terrier*, se avança na construção de uma noção de serviço público e de sua associação a um regime jurídico próprio. Nesse caso, definiu-se que o serviço público seria o critério para a identificação da competência do contencioso administrativo (abandonava-se, assim, a dicotomia “atos de império” e “atos de gestão”). Na oportunidade, asseverou-se que existindo serviço público, haveria, conseqüentemente, direito administrativo, atraindo, portanto, a competência da jurisdição administrativa. Concluiu-se, também, que a identificação de um serviço público estaria radicada na presença do elemento material (satisfação de interesse público). Em seguida, de modo semelhante, houve o julgamento do caso *Thérond* (1910). Tendo como pano de fundo essa construção jurisprudencial, surge, no âmbito doutrinário, a Escola Francesa do Serviço Público (ou Escola de Bordeaux), iniciada por Duguit. No âmbito do pensamento desse autor, a noção de obrigação de prestação de solidariedade social, da qual decorrerá sua construção acerca do conceito de serviço público, aparece em 1901 (*L'État: le droit objectif et la loi positive*), já as referências à noção de serviço público começam a surgir em suas obras a partir de 1907, consolidando-se, em 1913, na obra *Les transformations du droit public*, e sendo desenvolvida ao longo de seus estudos posteriores (mormente em 1928, na terceira edição do *Traité de droit constitutionnel*, tomo II. A segunda edição data de 1911). O mesmo vale para Gastón Jèze, que em sua obra “*Les principes généraux du droit administratif*” de 1904, fazia referência ao tema, desenvolvendo o

Assim, as menções iniciais a “serviço público” não tinham o mesmo significado que o atribuído classicamente na França. As referências voltavam-se a utilização do conceito desenvolvido até aquele dado momento, sobretudo as abordagens que a doutrina nacional fazia com base nos autores que compunham, ao seu tempo, a Escola Francesa de Serviço Público. O conceito de serviço público francês, na medida do seu desenvolvimento, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por ação doutrinária. O mesmo fenômeno aconteceu com a ideia de serviço de utilidade pública oriunda da tradição norte-americana.

Essas duas tradições que, ao longo da história constitucional brasileira, estiveram presentes no debate jurídico pátrio acerca do tema, convergem no âmbito da Constituição de 1988. Isso porque em seu texto insere-se todo o resultado do referido debate histórico-constitucional sobre o assunto (como se verá no item 3.2), o qual, por sua vez, esteve lastreado na importação de conceitos oriundos das tradições francesa e estadunidense.

No interior da Constituição de 1988, tal como nas que a precederam, encontram-se diversos sentidos para o termo “serviço público”. Uma possível causa disso é a inserção de todo o debate histórico acerca do assunto. Dessa forma, não há um sentido unívoco de serviço público no âmbito do texto constitucional. O enfrentamento dessa circunstância é importante para compreender o tratamento dispensado pela Constituição de 1988 ao tema, buscando encontrar, sob a perspectiva constitucional, o que é serviço público. O subcapítulo 3.3 destina-se exatamente a tal finalidade.

A noção de serviço público no ordenamento jurídico pátrio foi construída a partir da recepção não exata dos conceitos desenvolvidos nas tradições que lhe serviram de inspiração, seguindo um caminho próprio ao longo do evoluir histórico-constitucional brasileiro. Com isso, considerando a maneira como o tema foi colocado em termos de direito positivo

---

assunto em trabalhos posteriores (principalmente na segunda e terceira edições do mesmo livro, datadas de 1914 e de 1930, respectivamente). Referências às obras iniciais desses dois autores são encontradas em obras brasileiras de 1914, como é o caso de: CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914 (e mesmo na primeira edição de 1912) e, também de: CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. Fato que demonstra que a doutrina brasileira foi influenciada pela francesa, mesmo que, nesse período, ainda não estivesse plenamente desenvolvido o conceito de serviço público. Esse conceito começou a ganhar contornos mais nítidos, de um lado, com as obras posteriores dos membros da Escola de Bordeaux, e, de outro, com o julgamento do caso *Bâc-d'Élaka*, em 1921, no qual foi reconhecida a possibilidade prestação de serviço público sob o regime jurídico de direito privado, nascendo a partir daí a divisão entre SPA e SPIC, bem como, em 1943 e 1944, pela sistematização do regime jurídico de direito administrativo, baseada na jurisprudência administrativa, realizada por Louis Rolland. Já nas décadas de 1930 e 1940, Themístocles Brandão Cavalcanti abordou com maior profundidade as teorias acerca dos serviços públicos, com base na Escola Francesa. Ver: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 217 – 344. Diante dessas considerações, deve-se ter por premissa básica o fato de que as referências nacionais à noção de serviço público estavam condicionadas ao que, em termos conceituais, estava desenvolvido na França.

constitucional, a concepção de serviço público no Brasil ficou alheia à ocorrência de crises conceituais, conforme se verá no subcapítulo 3.4.

Para realizar a tarefa a que este trabalho se propõe, dividiu-se o presente capítulo em cinco partes. A primeira destina-se ao estudo histórico-constitucional do conceito de serviço público. Na segunda, observa-se a inserção na Constituição de 1988 do debate histórico-constitucional precedente, bem como a recepção dos conceitos oriundos da França e dos EUA. Em seguida, analisa-se o conceito de serviço público e as possíveis acepções que a expressão possui no âmbito da Constituição de 1988. Na quarta parte, verifica-se a inocorrência, no Brasil, das crises pelas quais a noção de serviço público passou. Por fim, realiza-se uma sistematização das principais ideias desenvolvidas no capítulo.

### 3.1 Análise histórica da noção de serviço público nas Constituições Brasileiras

O presente subcapítulo tem como escopo a análise da noção de serviço público nos textos das Constituições brasileiras – ou delas decorrente –, o que não significa que será totalmente negligenciado o estudo acerca das proposições doutrinárias, jurisprudenciais e infraconstitucionais relativas ao tema. Contudo, essa abordagem se dará apenas na medida do necessário para a demonstração da maneira como surgiu e se desenvolveu o referido conceito no cenário constitucional brasileiro.

É objetivo do presente subcapítulo, também, a observação do modo como as definições oriundas das tradições francesa e norte-americana foram recepcionadas pelo ordenamento jurídico pátrio. Além disso, pretende-se analisar a maneira como as aludidas definições evoluíram por aqui e as peculiaridades incorporadas.

Nesse mesmo ponto do estudo, pretende-se iniciar a verificação da possibilidade de se falar em um conceito brasileiro de serviço público, seja paralelo às definições de origem francesa e estadunidense, seja resultante da convergência, e até mesmo alteração/adaptação, de ambas<sup>185</sup>. Tendo em vista que é apenas sob a vigência da Constituição de 1891 que as discussões atinentes ao conceito de serviço público começam a assumir relevância, será esse o

---

<sup>185</sup> A busca por um conceito próprio se justifica no fato de que a concepção de serviço público varia no tempo e no espaço, sendo especificada pelo povo, em cada sistema jurídico, por meio de escolhas políticas. O que, em última instância, remete ao plano singular da concepção do próprio Estado, uma vez que a aludida noção é marcada pelas tensões na formação do espaço público e do privado. Conferir: LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In: \_\_\_\_\_. **Direitos Sociais & Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 1844; e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

ponto de partida. Na sequência, a análise se pautará pelo enfrentamento do conteúdo da Constituição de 1934 e, em seguida, das subsequentes.

A observação do conteúdo das duas constituições referidas demonstra, como primeiro dado interessante, o aparecimento da expressão “serviço público” em dois sentidos, a saber: no orgânico e no material. Esse segundo sentido, por sua vez, sendo dimensionado em duas acepções, uma ampla e outra restrita. Outro dado interessante está no fato de as categorias “serviço público” (em sentido material) e “monopólio” estarem inseridas, como espécies, no gênero “atividades reservadas ao Estado”<sup>186</sup>.

É justamente no âmbito desse debate preliminar, somado às características das concessões de determinadas tarefas do Estado, que serão introduzidos os elementos incipientes dos conceitos francês e norte-americano. Esses conceitos serão desenvolvidos e sistematizados, mais tarde, nos respectivos países de origem. Ao aportarem por aqui, os conceitos adquiriram algumas peculiaridades, em relação a sua definição originária.

Do mesmo modo, atividades que não carregam consigo a natureza econômica, não suscitaram grandes debates no âmbito das discussões sobre o conceito de serviço público. É o caso do ensino, que, em certa medida, foi considerado, de acordo com o modelo político-social em que inserido ao longo da história constitucional, como obrigação do Estado, que não podia a explorar economicamente, e livre à iniciativa privada<sup>187</sup>.

<sup>186</sup> Considerando que as duas constituições mencionadas são decisivas para a compreensão da relação entre os conceitos de “monopólio” e “serviço público”, sobretudo porque trilham o caminho do qual a história constitucional brasileira não se afastará, produzindo reflexos na leitura da CRFB/1988, por se constituir em premissas ao entendimento do tema: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out., 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>187</sup> No caso do ensino, a Constituição de 1824 mencionava a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos, ao lado dos colégios e universidades, como meios de garantia da inviolabilidade dos direitos civis e políticos, baseados na liberdade, segurança individual e propriedade (art. 179, XXXII e XXXIII). A Constituição de 1891 também atribuía as atividades de ensino ao Estado, determinando, por exemplo, que competia ao Congresso Nacional criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados (art. 35, 3) e animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciência (art. 35, 2), bem como que seria leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos (art. 72, § 6º), o que sugeria a plena possibilidade de existência de instituições privadas em paralelo às estatais. Nesse sentido, se posicionava a doutrina. A propósito: “[...] não é o ensino uma função própria do estado, absolutamente essencial dele. Mas se é preciso banir a ideia do estado-professor, força também reconhecer que o estado não pode ser indiferente ao desenvolvimento da instrução pública, um dos grandes elementos da prosperidade das nações. Se não lhe quadra encarregar-se do ensino e impor aos particulares a sua direção, nem lhe é lícito prescrever condições restritivas que embarcem ou onerem o exercício da liberdade individual nesta esfera, cabe-lhe, entretanto, contribuir para o aperfeiçoamento e difusão geral da instrução, indo em auxílio da iniciativa privada, ou suprimindo-a onde ela não aparecer, e agindo com eficácia para que ela surja. Concurso, auxílio, contribuição, eis ao que se deve limitar a ação oficial, sem monopólio nem privilégios”. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal brasileira, 1981: comentada**. Edição fac-similar. Brasília: Senado federal, 2002. p. 135. No texto da Constituição de 1934, também, era atribuída ao Estado a atividade ensino, com menção a obrigatoriedade de

Por conseguinte, o estudo do conceito de serviço público na história constitucional brasileira se dará por meio da observação das competências materiais atribuídas ao Estado, com especial atenção àquelas que possuem natureza econômica e cunho prestacional<sup>188</sup>. O principal motivo dessa opção é a existência de uma relação direta entre essas atividades e os estudos acerca do conceito de serviço público e seus correlatos.

Com a finalidade de deixar mais clara a exposição pretendida, o presente subcapítulo será subdividido em três itens. No primeiro, à luz da Constituição de 1891, será exposta a origem doutrinária do debate acerca dos serviços públicos no Brasil. No segundo, a partir do texto da Constituição de 1934, será observada a forma como o referido debate foi positivado em âmbito constitucional. No terceiro, serão analisadas as consequências da positivação do debate no que tange aos reflexos projetados nas Constituições brasileiras subsequentes.

Ao percorrer essa trajetória, verificar-se-á que, quanto aos serviços públicos – e aos monopólios –, as discussões se travaram no âmbito das atividades com natureza econômica. Assim, foram excluídas do debate aquelas atividades que a despeito da possibilidade de exploração econômica pela iniciativa privada, como é o caso da educação e da saúde, eram tratadas como obrigação do Estado, sem a possibilidade de exploração econômica pelo Poder Público.

Paralelamente, verificar-se-á que em relação aos serviços públicos, colimados sob a perspectiva proposta, há dois modelos advindos do período monárquico e observáveis no início da república. O primeiro era constituído por atividades normalmente prestadas pelo Estado, sem que se cogitasse, inicialmente, de uma forma de prestação estritamente privada (eram exemplos: saneamento básico e iluminação pública), o que foi se modificando com o passar do tempo de modo a admitir-se a delegação aos particulares. O segundo era dos serviços que tinham origem na iniciativa privada e que por várias razões foram submetidas ao

---

atuação, e autorizando, explicitamente, a presença dos particulares no setor (art. 150 e 154). Assim, a atividade em questão foi, ao longo das constituições, atribuída ao Estado, que deveria obrigatoriamente atuar no setor. Essa atuação não poderia ter natureza empresarial ou conotação econômica (o que se infere, sobretudo, pela exigência de oferecimento gratuito), nem ser exclusiva, de modo que os particulares estavam livres para atuar no setor, tanto no formato empresarial quanto por meio de caridade. Por essas circunstâncias, o tema não gerava discussões vinculadas à definição de serviço público.

<sup>188</sup> Vale ressaltar que as competências legislativas e as administrativas podem possuir natureza econômica, social ou, ainda, de outras ordens. A propósito, ver: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 455 – 458. Conferir, também, VELLOSO, Carlos Mário. O Estado Federal e os Estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, p. 1 – 36, jan./mar. 1992, p. 12 – 13. Esse autor mencionará a existência de uma “competência material de prestação de serviços”. Além disso, as competências administrativas podem ter projeção externa ou interna. No primeiro caso, as competências materiais têm cunho prestacional, sendo direcionadas diretamente ao público (ex.: Art. 21, X e XI, da CRFB/88); no segundo caso, são voltadas ao próprio Ente público e à organização de suas atividades, sendo, a rigor, instrumentais ao exercício das funções do Estado (ex.: Art. 21, XIII, da CRFB/88).

regime jurídico de direito público (seja por meio de regulação mais intensa, seja por meio de *publicatio*)<sup>189</sup>.

### 3.1.1 A Constituição brasileira de 1891: os primeiros debates doutrinários sobre serviço público

No momento histórico em que se insere a Constituição de 1891 (final do século XIX e início do XX), também de cunho liberal, as principais fontes de inspiração do direito brasileiro (França e Estados Unidos da América) começam a sentir os sinais de que o paradigma vigente estava se esgotando. Por conta disso, iniciava-se uma transição paradigmática<sup>190</sup>.

Na ocasião, verificava-se que outras atividades atendiam a um especial interesse transindividual, bem como que o Estado deveria cumprir um novo papel na arena econômica. Cada um dos modelos inspiradores forneceu uma resposta à questão e, a partir daí, seguiu-se o desenvolvimento dogmático vinculado à sua escolha. No Brasil, o debate é semelhante<sup>191</sup>.

Na Constituição de 1891, de cunho liberal, as ações estatais estavam balizadas no domínio normativo das expressões “poder” e “serviço”. Ambas pressupunham a vinculação ao Estado, constituindo-se em competências estatais, por serem tarefas a ele atribuídas. Essa é

<sup>189</sup> Sobre esses modelos, ver: AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 138.

<sup>190</sup> Passava-se do modelo de Estado-Gendarme, ou Estado de polícia, para o Estado-Providência, diverso do Estado de bem-estar social, oriundo do direito anglo-saxão (*welfare state*), que nascerá após a segunda-guerra mundial. JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 25.

<sup>191</sup> Até o advento dos elementos que tornaram a sociedade cada vez mais complexa, esgotando o modelo liberal puro, a resposta ao aludido questionamento era evidente, a saber: o Estado deveria fornecer os meios necessários (por meio da ordem jurídica e dos poderes públicos) para que os indivíduos desenvolvessem plenamente sua própria liberdade econômica e de disposição da propriedade. Posicionando-se, na época, dessa forma, tem-se: SOUZA, José Soriano de. **Princípios gerais de direito público e constitucional**. Rio de Janeiro: Casa Editora Empresa d’A Província, 1893. p. 55 – 56, p. 67 - 68 e 82 – 88. Veja-se, também: REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphicas Villas-Boas & Cia, 1923. p. 18 – 20 e p. 133 – 134. O autor entendia que é na sociedade que se encontram as atividades de produção e circulação de riquezas, em conjunto com as manifestações morais, religiosas e culturais. Ele admitia, contudo, em casos excepcionais, a intervenção do Estado no domínio típico da sociedade (o que poderia, de forma facultativa ou necessária, acontecer por três meios, a saber: com o Estado agindo diretamente, impulsionando ou regulamentando), desde que radicado em razões de interesse coletivo. Paralelamente, vale lembrar que, conforme já referido no capítulo antecedente, as tradições francesa e norte-americana se depararam com a mesma questão, oferecendo respostas diversas. A primeira se valeu tanto da *publicatio*, tornando serviço público de competência do Estado certas atividades que correspondiam com a complexificação da sociedade (sem necessariamente excluir, de maneira absoluta, a participação dos agentes privados, que poderiam, em determinados casos, concorrer com o Estado), quanto da aplicação de uma forte regulação sobre as atividades da mesma natureza. A segunda optou por intensificar os mecanismos de *common law*, ampliando a regulação incidente sobre as atividades da aludida natureza, as quais passaram a se qualificar como *public utilities* ou, ainda, como atividades afetadas pelo interesse público.



a ideia que tornará o elemento orgânico um traço característico básico do conceito de serviço público em todas as Constituições brasileiras<sup>192</sup>.

A primeira se vinculava às atividades relativas à soberania do Estado (art. 48, por exemplo, no qual constam as competências privativas do Presidente da República)<sup>193</sup>. A segunda era utilizada, de um lado, como mecanismo instrumental de exercício do poder (art. 18, parágrafo único, por exemplo, no qual constam competências internas das casas do Poder Legislativo), e, de outro, mas implicitamente, com cunho prestacional (art. 34, nº 30)<sup>194</sup>, inclusive de natureza econômica<sup>195</sup>.

As atividades relacionadas à soberania e às auxiliares ao exercício da soberania, por serem consideradas como inerentes ao Estado, não geravam problemas de compreensão acerca de sua titularidade, nem mesmo quanto à sua forma de execução. Ao contrário, as atividades de natureza econômica ensejaram as discussões acerca da definição entre os planos da titularidade e da forma de execução<sup>196</sup>.

Logo, a explicação da atuação do Estado em uma perspectiva típica (tendo como parâmetro os preceitos da época) não carregava consigo grandes dificuldades. A problemática estava relacionada à atribuição ao Estado da titularidade de determinadas atividades que pertenciam, ou poderiam pertencer, ao domínio privado. De todo o modo, o debate sobre os serviços públicos e a sua classificação envolvia todas as competências do Estado.

Consequentemente, enquanto o conceito de serviço público correspondia ao núcleo do liberalismo clássico, ele não suscitava divergências. Nessa perspectiva, a expressão serviço público era associada aos órgãos estatais e ao conjunto de funções a eles atribuídas, bem como àquelas atividades consideradas típicas do Estado (instrução pública, socorros públicos etc.)<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 53.

<sup>193</sup> Têm-se, ainda, os artigos 16 (dispondo sobre o Poder Legislativo) e 41 (tratando do Poder Executivo).

<sup>194</sup> Embora trate especificamente de competência legislativa, o dispositivo menciona a existência de ensino superior “e outros serviços” que na Capital fossem reservados à União.

<sup>195</sup> Ver artigos 34, nº 15 (correios e telégrafos federais), 7º, nº 4 (cobrança das taxas relativas aos serviços de correios e telégrafos). No mesmo sentido, art. 9º, § 1º, nº 2 (permitindo aos Estados criar seus serviços de correios estaduais e cobrar as contribuições pertinentes). A existência desses dispositivos indicava que a Constituição admitia que o Estado prestasse serviços de cunho econômico, inclusive intervindo em determinadas empresas (como se infere do art. 24).

<sup>196</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 54.

<sup>197</sup> Ao longo da vigência da Constituição de 1891, a doutrina utilizou a expressão “serviço público” para se referir ao próprio Estado e às atividades inerentes a sua soberania, mas à mesma expressão acrescentou outros sentidos, dentre os quais a referência às atividades prestacionais do Estado. Por todos, ver: CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 18 – 27. Vale a transcrição do seguinte trecho (p. 19): “a Administração Pública é o conjunto de serviços públicos que têm por objetivo atender às necessidades e aos interesses coletivos do Estado. [...] Na sua forma externa a

Os problemas aparecem quando se busca expandir o aludido conceito, de modo a abarcar atividades de natureza econômica (atípicas ao cenário estatal da época). Nessa fase, essas atividades de natureza econômica se relacionavam apenas com a ampliação das competências estatais distribuídas pela concepção liberal, ou seja, com a inserção do Estado na seara econômica.

A dificuldade inicial era relativa à construção dos elementos justificadores da inserção das atividades de natureza econômica no rol das competências públicas, considerando que, por serem tarefas de produção e circulação de riquezas, pertenciam, ao menos em potencial, ao domínio privado, o que permitiria o exercício por particulares. Outra dificuldade estava consubstanciada no fato de que era necessária a aplicação da mesma noção – avocação de atividade para a esfera pública por meio de *publicatio* e da denominação como “serviço público” – em atividades que já existiam no âmbito privado, sendo conduzidas sob o regime jurídico correspondente<sup>198</sup>.

Aliás, havia, de certa maneira, discussões sobre o acerto, ou não, da atribuição ao Estado de atividades que, historicamente, já eram por ele oferecidas. Foi o caso, por exemplo, da instrução pública. A questão aqui era no sentido de defender-se a possibilidade de atuação paralela dos particulares, e não propriamente a exclusão da atividade do rol de competências do Estado.

O debate estava atrelado à concepção de que esse serviço pertencia à esfera privada, em razão de sua vinculação a várias dimensões da liberdade. Assim, do ponto de vista do oferecimento da atividade, o ensino relacionava-se à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, de exercício de profissão e, em termos atuais, à livre iniciativa. Ao lado disso, remanescia a total liberdade dos indivíduos de instruírem-se ou não. De qualquer forma, o serviço em tela podia ser oferecido por particulares, inexistindo exclusividade do Estado<sup>199</sup>.

---

Administração é divisível, comportando subdivisões, segundo a distribuição dos serviços públicos confiados ao que no nosso direito se denomina ministérios”.

<sup>198</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 59 – 60. Em relação à segunda dificuldade apontada, tem-se o caso da energia elétrica. A passagem de atividade privada, seguindo por um período de forte regulação e tornando-se, posteriormente, competência pública, propaga-se ao longo da história constitucional brasileira, sendo motivada por aspectos relacionados ao interesse público, que, por seu turno, foi dimensionado de diversas formas no evoluir histórico referido. Sobre o tema, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

<sup>199</sup> SOUZA, José Soriano. **Princípios gerais de direito público e constitucional**. Rio de Janeiro: Casa Editora Empreza d’A Província, 1893. p. 440 – 442. Esse autor asseverava que existiam dois posicionamentos acerca da titularidade do ensino. A primeira corrente afirmava que é dever supremo do Poder Público dirigir as faculdades do cidadão em direção ao fim comum de conservação e progresso social. Então, considerando que é impossível alcançar tal desiderato sem instrução e que quem tem direito aos fins tem direito aos meios,

O critério material foi o mais amplamente utilizado pelos autores desse período para a finalidade de explicar e compreender o procedimento de atribuição ao Estado de atividades pertencentes – ou potencialmente pertencentes – à iniciativa privada<sup>200</sup>. A identificação do critério material, manifestado pela presença do interesse público, em determinada atividade explicava a sua vinculação ao Estado (critério orgânico) e o seu exercício por meio de um regime jurídico distinto do direito privado (critério formal)<sup>201</sup>.

Nesse sentido, a Constituição de 1891 (e as normas infraconstitucionais também podiam o fazer) teria atribuído (e permitido a atribuição por meio de legislação ordinária) ao Estado as atividades que possuíam interesse público. Além disso, o texto constitucional teria indicado o regime jurídico mínimo de direito público correspondente, o qual gravitava em torno, principalmente, da exigência de título de delegação, para que os particulares atuassem, e da imunidade recíproca prevista no art. 10 da Constituição<sup>202</sup>.

---

segue-se que a educação é atribuição do Estado. Além disso, o Estado teria o direito de exigir que os cidadãos se educassem, tendo, ainda, a prerrogativa de impedir a disseminação de doutrinas contrárias às suas instituições. Logo, ao lado da titularidade da atividade, o Poder Público teria a competência de dirigir o ensino. A segunda corrente, à qual o autor em questão se filiava, entendia que a iniciativa privada não poderia atuar no setor se o ensino fosse atribuição do Estado. Por isso, ao Poder Público competiria, no âmbito da educação, apenas legislar e julgar. Por fim, depois de reconhecer a existência de ensino público (inclusive nas nações que adota como parâmetros ao longo de todo o seu estudo), sugeria que se permitisse a coexistência de ensino público e privado, uma vez que proveitosa à sociedade.

<sup>200</sup> Por todos, ver: CASTRO, Viveiros. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro Bastos, 1914. p. 104 - 105. O autor entendia que a intervenção do Estado na esfera econômica era justificada pelo interesse coletivo. Nessa seara as funções públicas caracterizavam-se, de acordo com as condições econômicas do país e o grau de cultura de seus habitantes, como necessárias ou facultativas.

<sup>201</sup> A propósito, “navegação, canais, portos, estradas, correios e telégrafos grandemente interessam à prosperidade geral, ao comércio e ao desenvolvimento da riqueza pública e não podem escapar à solicitude dos governos”. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal brasileira, 1981**: comentada. Edição fac-similar. Brasília: Senado federal, 2002. p. 45.

<sup>202</sup> No ponto, vale referir alguns julgados do STF ilustrativos da assertiva de que o procedimento de *publicatio* tem relação com o critério material (interesse público), bem como que o regime jurídico dos serviços públicos era composto, basicamente, da imunidade tributária prevista no art. 10 da Constituição de 1891 e da exigência de título de delegação para que os particulares atuassem no setor. Trata-se de julgados sobre loterias. O caso em questão é bastante interessante porque permite dimensionar a importância do critério material. Inicialmente, nos acórdãos de 06/03/1897 e de 13/01/1900, o STF entendeu que a atividade em comento era serviço público, por ser de titularidade da União, o que se inferia pela necessidade de concessão para o exercício por particulares, que, quando a prestassem, estariam protegidos pelo art. 10 da Constituição. Adotou-se, na ocasião, uma concepção baseada no critério formal. Depois, no acórdão de 15/01/1902, abandonando a referida concepção, o STF adotou entendimento radicado no critério material. Com base nisso, afirmou, na oportunidade, que inexistia interesse público primário na atividade, a qual se destinaria apenas a interesses públicos secundários do Estado. Desse modo, sendo as loterias toleradas somente para os fins indicados no art. 2º, § 4º, da Lei 1.099/1860, constituindo-se, fora dessa hipótese, contravenção, elas não poderiam ser consideradas serviço público, podendo ser tributadas pela União e pelos Estados, já que são meras concessões a particulares. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 67 – 68 (nota de rodapé 43). Com a modificação de entendimento, ao que parece, deixava-se de se identificar a titularidade do Estado sobre a atividade (elemento orgânico) com base na exigência de concessão, em razão da ausência do elemento material, tratando-se as loterias como serviços meramente concedidos.

A Constituição citada não continha grandes considerações acerca da ação (atuação e intervenção) pública na economia, de modo que não possuía um espaço próprio em que fossem encontradas de forma sistematizada as normas reguladoras da referida relação. O que havia no âmbito do texto constitucional era alguns dispositivos esparsos que, de certa maneira, tocavam o tema<sup>203</sup>.

Na medida em que, do ponto de vista do direito positivo, inexistia orientação firme, as posições desenvolvidas para a explicação do fenômeno da ação do Estado no domínio econômico eram amplas e bem diversificadas. O conceito, que era utilizado para referir-se ao fenômeno, possuía uma série de denominações<sup>204</sup>, as quais, por seu turno, demonstravam o caráter eclético e assistemático da doutrina da época<sup>205</sup>. As principais denominações foram “serviço público” e “monopólio” e em determinados enfoques elas interagiam intensamente, chegando a ser consideradas sinônimas<sup>206</sup>.

Inserida no contexto brasileiro a categoria dos serviços públicos com natureza econômica, teve-se a percepção de que o Estado tinha maiores e mais complexas competências em relação àquelas correspondentes ao paradigma estritamente liberal<sup>207</sup>. Não obstante, as atividades que passavam a integrar o seu quadro de competências não deveriam

<sup>203</sup> Como exemplo desses dispositivos, pode-se citar o art. 34, 5º (art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 5º. Regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar e suprimir entrepostos), o art. 35, 2º (art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: [...] 2º. Animar, no país, o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio, sem privilégios que tolham a ação dos governos locais) e o art. 72, §§ 17 e 24 (art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: [...] § 17. O direito de propriedade mantém-se em toda sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. [...] § 24. É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial). Em resumo, são disposições que tratam do direito de liberdade de indústria e de profissão, da proteção da propriedade privada e de legislação regulatória, bem como de outras relativas aos aspectos tributários das atividades econômicas. Cumpre ressaltar que do direito de propriedade – cuja plenitude representa um continuísmo da ideologia econômica da Constituição de 1824 – decorria a garantia à liberdade de indústria e comércio, direito sobre inventos industriais, a propriedade das marcas de fábrica. Além disso, o contrato, como expressão do direito de transferir livremente a propriedade, continuava sob o pálio da plena liberdade. FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 78.

<sup>204</sup> “Serviço de utilidade pública”, “serviço público”, “serviço público monopolizado”, “serviços industriais e econômicos do Estado”, dentre outros.

<sup>205</sup> Considerando a forma como a doutrina enfrentou o tema na época, tem-se o que o tratamento dispensado ao assunto era bastante complexo e de difícil compreensão, uma vez que se valia de conceitos oriundos, sobretudo, das tradições francesa e norte-americana, que ainda não estavam sistematizados, ou mesmo definidos dogmaticamente. Nesse sentido, vale lembrar, inicialmente, da já realizada síntese e, depois, do fato de que, no direito norte-americano, as discussões acerca do conceito de *public utility* começa com o julgamento do caso *Munn. vs. Illinois*, julgado em 1877.

<sup>206</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 49 e 57.

<sup>207</sup> Sobre o tema, ver: CASTRO, Viveiros. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 96 - 105. Conferir, também, REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Officinas Graphicas Villas-Boas & Cia, 1923. p. 133 – 134.

obrigatoriamente ser prestadas, exclusiva e/ou diretamente, pelo Estado, cujo dever tinha relação com a criação das condições necessárias ao oferecimento da atividade<sup>208</sup>.

A indicação das atividades que consistiam em serviços públicos se dava de maneira casuística. De um lado, o Estado, por meio de legislação ordinária, poderia qualificar uma determinada atividade como serviço público e, então, prestá-la administrativamente ou exigir que os particulares realizassem contratos de concessão. Por outro lado, havia referências doutrinárias às atividades que eram de competência constitucional do Estado a partir da estrutura federativa, existindo menções a serviços públicos federais, estaduais e municipais<sup>209</sup>.

<sup>208</sup> Aliás, com exceção das atividades inerentes à noção de soberania, mesmo no âmbito das demais atividades atribuídas ao Estado, tais como ensino público e saúde, se desconhecia uma noção de exclusividade. Assim, os serviços educacionais e de saúde eram oferecidos por particulares em concorrência com o Estado. Um retrato sobre a situação de tais serviços, no período correspondente à vigência da Constituição em análise, é encontrado na obra já citada de Alcides Cruz, que, ao tratar da ação facultativa do Estado, aborda a instrução e a assistência públicas. Segundo o autor: “o ensino primário, sob exclusivo encargo dos Estados, ou dos Estados conjuntamente com os municípios, varia de Estado a Estado, já quanto à organização já quanto aos métodos. O secundário é comumente explorado pela indústria particular, sobretudo por congregações religiosas no sul do Brasil; em muitos Estados também os há a cargo dos governos locais. [...] O ensino superior oferece delicadas modalidades; livre em relação à União e à indústria pedagógica, contudo há Estados que regulam oficialmente os seus estabelecimentos. O ensino superior portanto está a cargo: a) Do governo federal [...]; b) Da livre exploração particular, sem nenhuma interferência oficial [...]; c) De alguns governos estaduais”; Depois, se referindo à assistência, aduz que: “a assistência pública no Brasil não está sistematizada de forma alguma. Se se excepcionarem alguns hospitais de caridade na cidade do Rio, nas capitais dos Estados e em algumas cidades do interior, todos eles de iniciativa e administração particular, ainda que fruindo subvenções do Poder Público, por via de regra exíguas; alguns hospitais de isolamento, e ambulatórios anexos a algumas repartições policiais, onde se aplicam remédios às vítimas de acidentes, - tudo mais que respeita à assistência pública está por criar e organizar”. CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 239 – 240 e 246. Ao lado disso, no que concerne à criação de condições para o oferecimento das atividades, tem-se os mecanismos destinados à atração de investimentos privados para o desenvolvimento dos setores, tais como: a garantia de juros, os longos prazos de concessão e, posteriormente, o direito sobre as terras contíguas às linhas férreas. AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

<sup>209</sup> Em termos federais, veja-se que o art. 7º, ao tratar da competência tributária da União, refere a existência de serviços de correios e telégrafos federais (art. 7º. É da competência exclusiva da União decretar: [...] (4º) taxas dos correios e telégrafos federais). Do mesmo modo, o art. 34, ao tratar das competências privativas do Congresso Nacional, menciona os referidos serviços (art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] (15) legislar sobre o serviço dos correios e telégrafos federais). Ainda no âmbito do art. 34, tinha-se o item 30 que indicava a titularidade da União sobre o ensino superior na Capital (art. 34. [...] (30) legislar sobre a organização municipal do distrito federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União). Depois, também em matéria de ensino, o art. 35, 3º (art. 35. Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: [...] (3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados). Já quanto aos serviços estaduais, tem-se o caso do art. 9º, § 1º, que ao tratar da competência tributária dos Estados-membros, referiu, sinalizando a existência, ou a possibilidade de existência, de serviços de correios e telégrafos estaduais (art. 9º. É competência exclusiva dos Estados decretar impostos: [...]. § 1º. Também compete exclusivamente aos Estados decretar: (2º) contribuições concernentes aos seus telégrafos e correios). Quanto à esfera municipal, observa-se, por exemplo, o art. 72, § 5º, atribuía a administração dos cemitérios aos municípios, aduzindo que: “os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis”. Além disso, competia aos municípios a prestação dos serviços vinculados ao seu peculiar interesse, o qual, em última análise, era definido pela legislação estadual (constitucional e infraconstitucional). OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo. **Elementos de direito público e constitucional brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia editores, 1919. p. 206. Na mesma linha de raciocínio, entendia-se que a

Por conseguinte, as competências econômicas públicas poderiam ser exercidas, tanto diretamente, quanto indiretamente, caso em que assume particular importância as figuras correspondentes à delegação. Em ambos os casos, as competências poderiam ser exercidas em regime de concorrência ou de monopólio, dependendo da legislação setorial. Eram atribuídos ao Estado, por exemplo, os serviços de telégrafos, de ferrovias e de correios, cujos regimes jurídicos eram delineados pela respectiva legislação.

Os serviços de telégrafos, mesmo sendo competência pública, podiam ser livremente explorados por particulares. As ferrovias podiam ser exploradas por particulares desde que por concessão do Estado, ressalvados os casos das ferrovias privadas construídas por particulares dentro de suas propriedades e para uso próprio ou de sua indústria, ou, ainda, as construídas entre vizinhos para trafegar entre as suas propriedades. Já os serviços de correios, salvo algumas situações bastante excepcionais, constituíam-se em serviços públicos monopolizados, que deveriam, necessariamente, ser prestados diretamente pelo Estado<sup>210</sup>.

No âmbito dos serviços citados, outro ponto que merece destaque é a competência para o exercício dessas atividades, sob a perspectiva da estrutura federativa. Veja-se que os serviços ferroviários podiam ser exercidos pelos três entes federados (União, Estados-membros e Municípios)<sup>211</sup>, desde que respeitadas as delimitações territoriais, enquanto que os

---

identificação do interesse local (e, portanto, municipal) ou geral (e, então, estadual) impunha a observação da necessidade a ser atendida pelo exercício da competência. Assim, seria geral a necessidade que fosse sentida em todas as partes do Estado, sendo municipal a necessidade limitada ao âmbito local. SOUZA, José Soriano de. **Princípios gerais de direito público e constitucional**. Rio de Janeiro: Casa Editora Empreza d'A Província, 1893. p. 378 – 379. Aliás, é no âmbito dos serviços públicos municipais que o assunto assumiu maior complexidade, desenvolvendo-se uma teoria jurídica dos monopólios. Admitia-se plenamente a possibilidade de atuação dos municípios na economia, por meio de serviços públicos, os quais poderiam ser prestados diretamente, em regime de exclusividade ou em paralelo à iniciativa privada, bem como mediante delegação, a um ou mais agentes. Conferir, também: CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 131 – 133. No mesmo sentido, REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & Cia, 1923. p. 244 – 248. Essa concepção é que se refletirá sobre a exceção ao poder de monopolização constante na Constituição de 1934.

<sup>210</sup> CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 222 – 238. Consigne-se que, conforme o mesmo autor, a concessão não era propriamente um contrato, mas sim um ato administrativo, do qual decorria a aplicação de determinados princípios, tais como: (a) só podia emanar de uma autoridade que tivesse competência para isso; (b) criava uma situação jurídica para o concessionário, traduzida nos direitos que começava a usufruir e nas obrigações correspondentes, aos quais se submetia em razão da aceitação da concessão; (c) só produzia efeitos depois da notificação ao interessado. A noção de contrato ficava reservada às atividades de cunho privado. Ademais, a relação entre o poder concedente e o concessionário era de direito administrativo, ao passo em que a relação entre o concessionário, de um lado, e os seus funcionários e os usuários do serviço, de outro, era de direito privado.

<sup>211</sup> Nesse período, as atividades de transporte eram concedidas aos particulares como atividade inerente ao uso do bem público, e não propriamente como serviço público. Em outros termos, concedia-se o uso privativo do bem público “ferrovia” e, por consequência, a exploração da atividade inerente ao bem, isto é, o serviço de transporte. É o que se conclui da leitura do art. 99, XI e parágrafo único da Lei 3.674/1919. Essa circunstância se altera com o advento da Constituição de 1934, que passa a tratar, em seu art. 5º, VIII, as vias-férreas como serviço público. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37,

serviços de correios só podiam ser prestados pela União e pelos Estados-membros (estes limitados aos seus territórios).

Já os serviços de telégrafos podiam ser livremente oferecidos pela iniciativa privada (inclusive em concorrência com a União), ao contrário dos outros dois mencionados. No entanto, o exercício dessa atividade por parte dos estados-membros sofria restrições, por força do art. 9º, § 4º, da Constituição de 1891<sup>212</sup>, não podendo concorrer, fora de seus territórios (isto é, entre um Estado-membro e outro), com a União.

De certo modo, a noção de serviço público estava inserida na concepção de monopólio, que era classificado, predominantemente, em duas perspectivas, a saber: os orgânicos e os necessários<sup>213</sup>. O primeiro indicava as atividades que eram imputadas ao Estado, que, por sua vez, tinha o dever de exercício exclusivo (exemplo, na esfera federal, era o serviço de correio<sup>214</sup>), ou seja, a competência pública excluiria a iniciativa privada (portanto, mais do que a livre iniciativa). O segundo, que se subdividia em natural e jurídico, relacionava-se à impossibilidade fática ou jurídica de realização de determinadas atividades em regime de concorrência.

A instituição dos monopólios orgânicos se dava sem a existência de previsão constitucional. Analisando a questão sob a ótica do serviço postal, tem-se que, na ausência de dispositivo constitucional, específico (tratando diretamente do monopólio postal) ou genérico (tratando sobre atividades econômicas em geral)<sup>215</sup>, a doutrina da época explicava das mais

fevereiro/março/abril, 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2016. p. 17 – 19. A propósito, Themístocles Brandão Cavalcanti, inserido no contexto da Constituição de 1934, tratou as vias-féreas como serviço público, ao lado, por exemplo, dos correios e telégrafos (todos considerados, pelo autor, como bens públicos). CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 227 e p. 363.

<sup>212</sup> Art. 9º. [...] § 4º. Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, e entre estes e os de outros Estados que não se acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las, quando for de interesse geral.

<sup>213</sup> Ressalte-se que com o fim do antigo regime (período colonial e imperial) e das concepções econômicas que lhe serviam de base, a ideia de monopólio fiscal do Estado passou a ser muito combatida, ao menos nos seus termos originários. Embora a maioria dos autores condenasse tal prática, alguns a admitiam como uma possibilidade. É o caso, por exemplo, de OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo. **Elementos de direito público e constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Briguet editores, 1927. p. 284. A rigor, esse era o raciocínio básico: o Estado, ao instituir um monopólio, não deveria perseguir estritamente o lucro, mas sim o interesse coletivo. Por todos: CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alvres, 1914. p. 222 - 238. A exigência de um critério material, que justificasse a instituição do regime em questão, fez com que essa categoria fosse admitida, mas com uma conotação diversa, confundindo-se com as demais espécies de monopólio.

<sup>214</sup> Os Estados-membros podiam instituir em seus territórios serviços de correios, (art. 9º, § 1º, nº 2). De todo modo, a atividade não poderia ser exercida pela iniciativa privada, salvo atividades bem específicas. CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alvres, 1914. p. 226 – 227.

<sup>215</sup> Os dispositivos que existiam (os artigos 7º, n. 4, e 34, n. 5) restringiam-se a fixar a competência da União para cobrar e arrecadar taxas dos serviços postais e telegráficos federais, bem como para legislar sobre os serviços federais de correios e telégrafos. Ressalte-se que não se estabelecia a impossibilidade de atuação

diversas formas a necessidade de atuação do Estado no setor<sup>216</sup>. Entendia-se, ainda, que a instituição de monopólio era decisão do legislador ordinário baseada em razões de conveniência e utilidade pública<sup>217</sup>.

Os monopólios necessários – naturais ou jurídicos – se davam por identificação da impossibilidade natural da existência de concorrência em determinadas atividades ou por determinação jurídica, que acontecia em um sentido mais fraco em relação aos monopólios orgânicos. Essa determinação jurídica era lastreada no interesse público em sentido amplo.

É no âmbito dos monopólios jurídicos e orgânicos que estava inserido parcela do fenômeno denominado de serviço público. O uso da expressão referida aparecia ora no contexto dos monopólios orgânicos (como era o caso dos correios), ora no dos monopólios jurídicos (hipótese em que se enquadram os serviços relativos às ferrovias). No entanto, a mesma noção designava atividades que não eram monopolizadas (era o que acontecia, por exemplo, com os telégrafos), o que significava um serviço público econômico não exclusivo – ou não monopolizado. Já no âmbito dos monopólios naturais se inseriria o debate concernente às *public utilities*, ainda que de maneira bastante diversa em relação à forma como a discussão se dava nos Estados Unidos da América<sup>218</sup>.

A rigor, vários motivos decorrentes da soma dos referidos fatores serviam à construção da fundamentação teórica desse regime prestacional. Nesse sentido, a identificação de que, jurídica ou naturalmente, determinada atividade não poderia ser prestada sob o regime

---

privada paralela. Nesse sentido, vale mencionar que a legislação infraconstitucional tratou de forma diferente os serviços de correios e telégrafos. O primeiro teve a execução reservada ao Estado, enquanto que no segundo não houve instituição de reserva de execução da atividade.

<sup>216</sup> A partir daí, João Barbalho, ao explicar o regime jurídico do setor, aduzia que haveria interesse público na prestação desse serviço com segurança, generalidade e privacidade, o que não seria possível se confiado à iniciativa privada. CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal brasileira, 1981**: comentada. Edição fac-similar. Brasília: Senado federal, 2002. p. 112.

<sup>217</sup> LEAL, Aurelino. **Teoria e prática da Constituição Federal brasileira**. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1925. p. 637.

<sup>218</sup> Internamente a esse conjunto de considerações, será introduzida, no Brasil, a discussão atinente ao conceito de *public utility* norte-americana. Inicialmente, as considerações são vincadas na doutrina do *natural monopolies*, com o escopo de abordar o fenômeno correspondente às atividades que não comportam concorrência, independentemente de norma jurídica, ou seja, tarefas situadas estritamente no domínio econômico. Nessa perspectiva, em situações sem interesse para a coletividade, o mercado resolveria a questão. O problema surge quando a atividade possui interesse público ou relevância social. No direito norte-americano, as atividades dessa natureza (monopólio de atividade com interesse social) são tratadas como *public utilities* (constituindo relevante espécie desse gênero), o que acarreta a incidência de uma forte regulação e fiscalização estatal. Por outro lado, as atividades sem interesse público, submetidas ao regime de monopólio, são chamadas de “*monopolies*”. Nesse sentido, LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 77 – 78. Rui Barbosa, de um lado, foi buscar na doutrina norte-americana (dos *monopolies*) a fundamentação para os monopólios de atividades que não possuem interesse público ou relevância social (monopólios naturais estritamente econômicos) e, de outro, tratou como de competência pública (portanto, em sentido diverso das *public utilities*) os monopólios de atividades com interesse público (monopólios jurídicos). BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 13 – 20.



concorrencial se dava com base em razões administrativas (salubridade e ordem pública, por exemplo), ou por motivo econômico (os serviços impunham elevados investimentos para sua execução e a existência de concorrência afastaria os agentes econômicos), ou, ainda, porque, a execução da atividade em regime de exclusividade atenderia melhor ao interesse público<sup>219</sup>.

A partir daí tornava-se possível instituir monopólios – jurídicos ou orgânicos – pelo ordenamento jurídico, ato que poderia, ou não, incidir sobre monopólios naturais, os quais, por sua vez, obviamente, não dependeriam de um ato normativo para existir. A rigor, poder-se-ia cogitar que, por força de lei, uma competência pública não exclusiva passasse a ser um monopólio jurídico, ou, ainda, que ambas – competências públicas não exclusivas e monopólios jurídicos – fossem transformados em monopólio orgânico<sup>220</sup>.

O traço distintivo entre os monopólios jurídicos e os orgânicos (ambos decorrente do ordenamento jurídico) é, basicamente, a pessoa a quem será atribuída a execução da atividade submetida ao regime correspondente. No caso dos monopólios orgânicos, como visto acima, compete ao Estado, titular da atividade, prestar, obrigatória e diretamente, a atividade. Já quanto aos monopólios jurídicos, a atividade sujeita a esse regime é, também, de titularidade do Estado, mas a prestação pode ser delegada a um (e somente um) particular. Daí o motivo pelo qual se afirma que o sentido orgânico da primeira espécie de monopólio é mais forte que o da segunda.

A herança deixada por esta discussão incipiente acerca da classificação das competências estatais de natureza econômica é o elemento mais importante dessa análise inicial sobre o conceito de serviço público (mais do que a própria análise das atividades que, *in concreto*, eram classificadas como serviço público). Isso porque é o resultado desse primeiro debate que será inserido na Constituição de 1934 e do qual não se afastarão, substancialmente, as constituições subsequentes.

Então, em síntese, o conceito de monopólio, no período de vigência da Constituição em análise, possuía três acepções. A puramente econômica, na qual estavam inseridos os monopólios naturais. A jurídica fraca, que equivalia aos serviços públicos econômicos

<sup>219</sup> Nesse sentido, BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 25 - 26.

<sup>220</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 75 – 77. O autor ressalta que, em sentido jurídico, fala-se em monopólio para indicar a mera *publicatio*. Se o exercício do serviço público (monopólio jurídico = *publicatio*) é delegado, então se fala em concessão de serviço público ou de privilégio. O seu posicionamento está fundamentado na jurisprudência do STF (Ap. Cível nº 1.049, de 16 de junho de 1906). Ademais, segundo o mesmo autor, o encontro entre os monopólios instituídos pelo ordenamento jurídico e o monopólio natural traduz o contato entre os discursos econômico e jurídico. Por isso, é na interseção entre essas espécies de monopólio que se tornará possível falar em serviço público econômico.

delegáveis, ou seja, eram de titularidade do Estado, mas podiam ser delegados a um (e somente um) agente privado. A jurídica forte (monopólio orgânico), relativa às atividades de competência do Estado qualificadas como serviço público econômico indelegável<sup>221</sup>.

Já no que concerne à expressão “serviço público”, tinha-se a sua utilização em dois sentidos, a saber: (a) no orgânico e (b) no material. O sentido material possuía uma dimensão (b.1) ampla, referindo-se a todas as atividades de competência do Estado, e outra (b.2) restrita, que se referia a determinadas atividades de competência do Estado. Essa segunda acepção do sentido material é visualizável nas ocasiões em que o termo “serviço público” é acompanhado por uma expressão que o qualifica.

Nessa acepção, estavam inseridos os serviços públicos não econômicos, ou, ainda, não relativos à soberania, tais como saúde e ensino; os serviços públicos econômicos não exclusivos – ou não monopolizados – no âmbito dos quais os particulares concorriam com o Estado, como acontecia nos serviços de telégrafos; e os já referidos serviços públicos econômicos monopolizados<sup>222</sup>.

### 3.1.2 A Constituição Brasileira de 1934: a posituação constitucional do debate doutrinário sobre serviço público

A Constituição de 1824 havia sido influenciada diretamente pelo modelo francês, ao passo em que a Constituição de 1891 foi inspirada, declaradamente, no modelo norte-americano. Já a Constituição de 1934 foi um retorno do pêndulo em direção ao modelo francês, que predominará daí em diante no que concerne ao direito administrativo e às funções

<sup>221</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 80.

<sup>222</sup> Aarão Reis, além da utilização da expressão no sentido orgânico e com referências a todas as atividades de competência do Estado, classificava os serviços públicos, na época, como serviços de (a) defesa, (b) de garantia e (c) de prosperidade da nação. Depois, os subdividia da seguinte forma: (a.1.) defesa da nação contra a própria humanidade (no que se incluíam as forças armadas, a polícia administrativa, a justiça pública e a saúde pública); (a.2) defesa da nação contra as violências da natureza (no que se incluía a defesa contra catástrofes naturais como secas, inundações etc.); (b.1) serviço público de garantia de interesse (no que se incluíam as atividades de pesos e medidas, de expedição de moeda, de patentes e invenções, de marcas de fábrica, as Caixas Econômicas, bem como aposentadorias e pensões); (b.2) serviços públicos de garantias de direitos (refere-se à atividade do Poder Judiciário); e, por fim, (c.1) serviços públicos de promoção da propriedade material, no que se incluíam a circulação (aparelhamento financeiro e técnico), produção (no que se inclui as atividades de fomento), distribuição (remuneração do trabalho, aplicação do capital e amparo à indigência) e consumo; e (c.2) serviços públicos de promoção da prosperidade intelectual e moral (no que se incluíam a instrução e a educação). REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & Cia, 1923. p. 133 – 148 e p. 359 – 621. Além disso, o mesmo autor fazia a distinção entre serviços públicos oficiais e serviços de utilidade pública. Os primeiros consistiriam naqueles que o Estado presta diretamente, bem como naqueles que são indelegáveis, ao passo em que os segundos se refeririam aos serviços delegados e às atividades privadas que fossem relevantes para a sociedade, como por exemplo, saúde e assistência. Op. Cit. p. 144 – 146.

do Estado<sup>223</sup>. Esse movimento não foi absoluto, pois as definições do direito norte-americano já estavam enraizadas no cenário jurídico pátrio<sup>224</sup>. A presença das duas tradições mencionadas pode ser visualizada nos debates doutrinários sobre os serviços públicos.

Com base nos ensinamentos da Escola de Bordeaux, alguns autores alçavam o serviço público à condição de finalidade do Estado, tratando a sua conceituação como uma questão primordial para o direito administrativo, já que se referia a todas as atividades do Estado. Após reconhecer que o conceito é variável e não definível em uma fórmula, os serviços públicos eram classificados como (a) executados pelo Estado (polícia, justiça etc.); (b) serviços sociais executados por particulares e pelo Estado; e (c) serviços executados pelo Estado, mas passíveis de concessão aos particulares<sup>225</sup>.

Paralelamente, situavam-se os serviços de utilidade pública em duas dimensões. Na primeira, os serviços de utilidade pública eram tratados como correspondentes às atividades executadas pelos estabelecimentos de utilidade pública em oposição às tarefas exercidas pelos estabelecimentos públicos, ou seja, observava-se o fenômeno exclusivamente sob a ótica francesa. Na segunda dimensão, o assunto era observado como uma teoria produzida – ainda que em um estágio bastante incipiente<sup>226</sup> – nos Estados Unidos da América<sup>227</sup>.

<sup>223</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 30.

<sup>224</sup> Nesse particular, é válido notar, por exemplo, que as expressões utilizadas para compor os dispositivos constitucionais concernentes ao delineamento dos serviços públicos advêm ora da tradição francesa, ora da tradição norte-americana, o que sugere (embora não confirme com a precisão necessária para se dizer que os institutos daqui equivalem aos denominados da mesma forma nos sistemas em que o nosso ordenamento jurídico se inspirou) a recepção do modelo precedente, e não o seu abandono. É o caso, por exemplo, dos termos que indicam a proteção econômica dos agentes privados. A Constituição de 1934 utilizará a expressão “justa remuneração”, importada dos Estados Unidos (ao menos em termos de nomenclatura, considerando que é a tradução de *fair remuneration*, que é a base da teoria do *rate making*, a qual, por sua vez, está inserida no âmbito da *regulation* norte-americana), em vez de “equilíbrio econômico-financeiro”, oriundo da teoria francesa, como fará a Constituição de 1967, em seu art. 167, II. Sobre a mescla entre os modelos norte-americano e francês no âmbito da remuneração dos contratos firmados com o Poder Público, conferir LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. Outro exemplo é encontrado no art. 5º, § 2º, cuja redação expressamente remete a serviço de utilidade pública. Contudo, apesar da nomenclatura, os serviços indicados como de “utilidade pública” não parecem experimentar o mesmo regime jurídico das *public utilities* norte-americanas, sobretudo por serem de titularidade pública e não de titularidade privada sob forte regulação.

<sup>225</sup> Por todos, ver: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 219 – 221. O autor, com base nas lições de Jèze cita os seguintes exemplos de serviços públicos: “polícia, justiça, instrução pública, defesa nacional, comunicações, estradas de ferro, canais, correios e telégrafos, assistência, higiene etc.”. A partir disso, efetua a citada classificação. Em seguida, com fulcro nos ensinamentos de Duguit, assevera que o serviço público, por ser uma noção essencial a todo o sistema administrativo, modificou a noção de Estado.

<sup>226</sup> Vale recordar que, até então, os serviços de utilidade pública, ao menos do ponto de vista da doutrina pátria, não correspondiam exatamente às *public utilities* operantes nos Estados Unidos da América, sobretudo no aspecto correspondente à titularidade da atividade qualificada como tal.

<sup>227</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 221 – 223.

A rigor, a distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública não era clara, nem muito menos correspondia à separação que atualmente se faz desses institutos. Verificava-se na doutrina pátria da época a influência das teorias oriundas da França e dos Estados Unidos da América, inclusive com referências diretas aos pensadores daquelas tradições. No entanto, os conceitos eram tratados indistintamente ou em alusão às mesmas atividades.

No ponto, a maneira como a doutrina tratava os conceitos sugere que a importação da noção francesa se deu de maneira muito próxima à sua definição original, ao passo em que a noção estadunidense foi inserida, aqui, com uma modificação substancial. Essa modificação consistia na titularidade estatal da atividade qualificada como de utilidade pública. Apesar disso, o conceito também carregava consigo traços de sua concepção original, consistente na maior incidência de regulação sobre atividades privadas<sup>228</sup>.

Não obstante essa ausência de clareza, nessa quadra histórica, entendia-se que um determinado conjunto de atividades deveria se submeter ao regramento dos serviços de utilidade pública, enquanto outro conjunto de atividades deveria estar submetido ao regime jurídico de serviço público. O conjunto de atividades relativas à noção norte-americana abarcava atividades de titularidade do Estado, ou não. No âmbito das atividades de titularidade do Estado os conceitos, por vezes, se confundiam<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> Exemplo do fenômeno apontado pode ser encontrado em: PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2. ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Nesse texto, cuja primeira edição data de 1941, o autor trata o conceito de “serviço de utilidade pública” como equivalente ao de “serviço público”, o que fica claro em diversas passagens da obra, mormente naquelas em que se refere a serviços de utilidade pública concedidos, indicando que a atividade é de titularidade estatal. Essa circunstância é percebida, também, por Alexandre Santos de Aragão, conforme consta na nota de atualização nº 12.

<sup>229</sup> No que concerne à aludida falta de clareza e a classificação de determinadas atividades, ainda que de titularidade do Estado, como serviços de utilidade pública, cumpre mencionar o entendimento de Pontes de Miranda. Esse autor, ao tratar do art. 17, X, da Constituição de 1934 (imunidade tributária), buscou restringir o conceito de serviço público, com finalidade de afastar do campo de incidência do referido dispositivo as atividades exercidas por concessionários. Para tanto, misturou a doutrina francesa e a norte-americana. Nesse contexto, o traço característico do pensamento de Pontes de Miranda quanto ao tema é a ambiguidade. Inicialmente, estabeleceu-se uma concepção de serviço público calcada no elemento subjetivo, ampliado para abarcar a titularidade e a prestação. Com base nisso, uma determinada atividade seria serviço público quando prestada pelo Estado, mas não o seria quando prestada por particulares, ainda que em regime de concessão ou autorização (indústria afetada pelo interesse público). No entanto, em sequência a essa construção, o autor reconhecia a concessão de serviços públicos para particulares em relação a algumas atividades (estatística de gado, por exemplo). MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. t. 1. Rio de Janeiro: Ponggetti, 1934. p. 417 – 421. Depois, consoante se infere pela leitura dos comentários à Constituição subsequente, que alterou o regime de imunidade tributária citada, verifica-se que o autor, agora com base no elemento objetivo, reconhecia a existência de “serviço público concedido” e “serviço de utilidade pública” com maior clareza, consignando que haveria serviço público concedido quando a atividade prestada por particulares fosse inerente ao Estado ou exigisse o uso de poderes especiais, o que implicaria na delegação de funções públicas. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. t. 1. Rio de Janeiro: Ponggetti, 1938. p. 344 – 345 e p. 619. Esse autor buscou, à luz da

O embate entre esses posicionamentos pode ser percebido no Código de Águas (Dec. 24.643/34)<sup>230</sup>. Do mesmo modo, tal embate pode ser visualizado na discussão ocorrida no âmbito da comissão incumbida de elaborar o anteprojeto de lei para regular o art. 147 da Constituição de 1937<sup>231</sup>.

A despeito das confusões doutrinárias, é possível verificar certa sistematização do tema no âmbito da Constituição de 1934, a qual permeará todo o evoluir histórico-constitucional brasileiro. Nesse período, em que se coloca no texto constitucional um capítulo destinado à ordem econômica e social (por influência da Constituição de Weimar de 1919, que se somou às citadas inspirações em certos aspectos), positivou-se na Constituição uma série de competências prestacionais do Estado, que passou a ser intervencionista<sup>232</sup>.

A Constituição de 1934 incorporou grande parte do debate doutrinário instaurado à luz da Constituição 1891 acerca da conceituação de serviço público, inovando em alguns aspectos. A discussão central situava-se no âmbito das competências materiais dos entes da federação, embora a expressão apareça como referência ao próprio Estado.

No que tange aos aspectos trazidos do debate precedente, tem-se o sentido básico da noção de “serviço público”, a qual era utilizada tanto na identificação de todas as atividades atribuídas ao Estado, inclusive às inerentes à soberania (por exemplo, o art. 64, “a”<sup>233</sup> e o art. 170, 4º<sup>234</sup>), quanto na identificação orgânica do próprio Estado (como é o caso do art. 50<sup>235</sup>).

Constituição de 1937, extremar o conceito de serviço público da noção de serviço de utilidade pública, com base na essencialidade, afirmando que o primeiro é necessário e útil, enquanto o segundo é apenas útil.

<sup>230</sup> Para um aprofundamento acerca do cotejo do aludido fenômeno e sua incidência no Código de Águas, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 183 – 192 e, também, p. 256 – 301. O autor alude que o Código de Águas optou pelo sistema norte-americano de regulação por *comissions*. Aliás, Alfredo Valladão, responsável pela elaboração do projeto de lei, afirmava expressamente essa circunstância, ao citar a doutrina estadunidense e a jurisprudência da Suprema Corte. No entanto, o Código (de 10 de julho de 1934) foi compatibilizado com a Constituição de 1934 (16 de julho de 1934), embora a preceda em alguns dias. A Constituição, por sua vez, estava fortemente influenciada pelo conceito de serviço público francês, dessa maneira a referida adequação tornou a inspiração norte-americana menos nítida no âmbito do Código de Águas.

<sup>231</sup> O texto contendo relatório final dos trabalhos foi publicado por Odilon Braga, conforme se analisará a seguir, quando do enfrentamento do tema à luz da Constituição de 1937.

<sup>232</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 128 – 133. A citada Constituição foi considerada excessivamente liberal por Francisco Campos. A propósito: CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 46.

<sup>233</sup> Art. 64. Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juizes gozarão das garantias seguintes: a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei.

<sup>234</sup> Art. 170. [...] 4º) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, nos termos da lei, será concedida com os vencimentos integrais.

<sup>235</sup> Art. 50. O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos. No mesmo sentido, tem-se o artigo 16, §1º (art. 16. Além do Acre, constituirão

Assim, o conceito de serviço público foi utilizado em dois sentidos no texto da Constituição de 1934, quais sejam: o orgânico e o material. No sentido orgânico, a expressão “serviço público” aparecia como referência ao próprio Estado. Já no sentido material, o citado termo era utilizado para fazer referência às atividades do Estado, possuindo ao menos duas acepções que dimensionam o conjunto de tarefas abarcadas pelo conceito<sup>236</sup>. A primeira era uma acepção ampla, destinada a toda e qualquer atividade do Estado; a segunda era uma acepção restrita, que tratava apenas das atividades de natureza econômica exclusivas do Estado, ainda que pudessem ser delegadas (como é o caso do art. 17, X).

Paralelamente, constava uma previsão específica acerca do monopólio. Por conseguinte, diversamente do que acontecia doutrinariamente durante a vigência da Constituição 1891, a noção de monopólio foi descolada da concepção de serviço público. Isso se deu em termos de direito positivo, na medida em que a Constituição de 1934 regulava os citados temas separadamente. Conceitualmente, serviço público continuava a ser o que se chamava, anteriormente, de monopólio jurídico, e as atividades monopolizadas continuavam sendo equivalentes ao que se denominava de monopólios orgânicos.

Além disso, outros temas correlatos são inseridos no texto constitucional. Dentre eles estão os serviços de utilidade pública, conceito lastreado em noções oriundas do direito norte-americano, com as peculiaridades adquiridas no Brasil<sup>237</sup>.

Da mesma maneira, havia o tratamento conferido a algumas atividades decorrentes do uso de bem público – no que está inserida a noção de propriedade destacada –, as quais eram consideradas serviços públicos por grande parte da doutrina<sup>238</sup>. Os principais exemplos dessa

---

territórios nacionais outros que venham a pertencer à União, por qualquer título legítimo. § 1º - Logo que tiver 300.000 habitantes e recursos suficientes para a manutenção dos serviços públicos, o Território poderá ser, por lei especial, erigido em Estado) e o art. 79, parágrafo único, 1º (art. 79 [...]. Parágrafo único: (1º) os recursos de atos e decisões definitivas do Poder Executivo, e das sentenças dos Juízes federais nos litígios em que a União for parte, contanto que uns e outros digam respeito ao funcionamento de serviços públicos, ou se rejam, no todo ou em parte, pelo Direito Administrativo).

<sup>236</sup> Da leitura do capítulo referente à educação e à cultura, é plenamente perceptível a competência material de cunho prestacional do Estado para atividades não exclusivas. No entanto, considerando que o objetivo é a identificação dos sentidos em que a expressão “serviço público” é utilizada pela Constituição, deixa-se de se indicar uma acepção que abarque essa espécie de competência, em razão de sua não utilização explícita pelo texto constitucional. A rigor, a inserção dessa concepção remodelaria o dimensionado da classificação apontada, que ficaria assim delineada: (a) concepção amplíssima, referindo-se a todas as atividades de competência do Estado; (b) concepção ampla, na qual estariam as atividades materiais de cunho prestacional, de qualquer natureza, com ou sem exclusividade; e (c) concepção restrita, em que estariam as competências materiais de cunho prestacional e de natureza econômica e exclusivas do Estado, ainda que delegáveis.

<sup>237</sup> Como acontecia na redação do art. 5º, § 2º da Constituição de 1934, que faz referência a serviço de utilidade pública para atividades que são de titularidade do Estado.

<sup>238</sup> Como exemplos contemporâneos: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 281 – 283. TÁCITO, Caio. Regime de portos. Terminal privativo. Permissão. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1246. Ambos tratam as atividades desenvolvidas no bem “porto” como serviços públicos.

situação foram (e ainda são) os serviços vinculados à utilização dos potenciais hidráulicos<sup>239</sup> e ao uso dos portos<sup>240</sup>.

Os serviços públicos de natureza econômica e os monopólios estavam regulados pelos preceitos da ordem econômica. As normas constitucionais de cunho econômico, além de seu espaço específico, eram abordadas no âmbito da repartição de competências federativas (oriunda da tradição norte-americana, recepcionada pela Constituição de 1891 e mantida na de 1934)<sup>241</sup>. Do mesmo modo, era no âmbito da repartição de competência, somada a sistematizações específicas – como os casos de ordem social – que as demais competências do

<sup>239</sup> Dessa discussão, a partir da leitura dos artigos 118 e 119, percebe-se que os dispositivos não deixavam claro se a intervenção operada no setor era de exigência de um título para o uso do bem público ou se era, mais do que isso, para o exercício da atividade. Aparentemente, a primeira hipótese seria a correta. No entanto, considerado que o cenário jurídico da época estava marcado pela tradição francesa, foi natural a vinculação da atividade decorrente do uso do bem à concepção de serviço público, apesar de todas as dificuldades que esse entendimento suscitava, as quais decorriam do fato de as quedas d'água não serem necessariamente bem público (podiam ser bens privados, assim como a energia elétrica, conforme mencionava o art. 119) e da ausência de titularidade estatal sobre as atividades de energia elétrica (inclusive sobre a hidroeletricidade). Sobre o tema, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. O regime jurídico da energia elétrica nas constituições brasileiras – as premissas. In: **Direito sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2521.

<sup>240</sup> Itiberê Rodrigues, tratando dessa confusão quanto ao regime jurídico dos portos em uma perspectiva histórica, assevera que a Constituição de 1824 nada menciona acerca deles, de modo que no ordenamento jurídico do Brasil, mantendo-se a tradição das Ordenações Portuguesas, os portos eram concebidos como bem público de uso comum do povo. A doutrina da época seguia no mesmo sentido (o autor em questão cita os ensinamentos de Teixeira de Freitas, que entre 1857 e 1872 consolidava a legislação pátria e, para tanto, interpretava as Ordenações do Reino, e de Vicente Pereira do Rego, escritor da primeira obra de direito administrativo em 1857). Já a Constituição de 1891 fez apenas algumas referências pontuais à matéria dos portos. Nesse sentido, estabelecia a competência da Justiça Federal para questões de direito marítimo e de navegação (art. 60, “g”), atribuindo ao Congresso Nacional a competência para regular o comércio internacional e dos Estados entre si e com o Distrito Federal, bem como para alfandegar portos e para criar ou suprimir entrepostos (art. 34, § 5º). Além disso, atribuía à União a competência para arrecadar os impostos de importação (art. 7º, 1). A partir disso, pode-se dizer que a matéria ficou concentrada no âmbito das competências exclusivas da União. De qualquer forma, a Constituição de 1891 também não fez nenhuma menção ao regime jurídico da exploração dos portos. Por sua vez, a Constituição de 1934 constitucionalizou a matéria atinente aos Portos, sobretudo no art. 5º, VIII, XI, XIX, “e”, § 2º, art. 18, art. 91, 1, “h”, e art. 132. O autor em questão, embora discordando (já que para ele os portos sempre foram bens públicos, e jamais serviços públicos), para fins argumentativos, aduz que, mesmo que se entenda que a Constituição de 1934, em seu art. 5º, VIII, instituiu um regime de serviços públicos no âmbito dos portos, seria forçoso concluir que as Constituições seguintes revogaram tal regime, na medida em que não continham um dispositivo equivalente ao referido. Logo, os portos voltaram a ser considerados bens públicos. No mais, as Constituições seguintes (1937, 1946, 1967 e 1969) não alteraram a estrutura da matéria. Por fim, a Constituição de 1988 não modificou substancialmente a estrutura regulatória da atividade, salvo no que tange à atribuição material ao lado da legislativa. No âmbito da atual Constituição, a exploração dos Portos é uma atividade reservada à União (titular do bem público “porto”). Essa exploração poderá ser outorgada a agentes privados. O regime jurídico das atividades portuárias poderá pender tanto para o direito público quanto para o direito privado, a critério do legislador ordinário. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2016. p. 01 – 38.

<sup>241</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 80 – 81.

Estado estavam dispostas, com a indicação de alguns traços gerais do regime jurídico aplicável<sup>242</sup>.

Cumprir analisar os aspectos gerais da maneira como a Constituição de 1934, em seu título IV (da ordem econômica e social), tratou da ação do Estado no domínio econômico e social. A abordagem a partir daqui seguirá o seguinte caminho: começará pela análise dos aspectos econômicos, expondo os conceitos de monopólio, serviço público e outros correlatos, e, em seguida, serão observados os aspectos sociais.

Inicialmente, constavam, no art. 115, os princípios norteadores (justiça e necessidades da vida nacional) e o objetivo geral (possibilitar existência digna) da ordem econômica. O mesmo dispositivo continha a garantia de liberdade econômica, desde que respeitados os limites referidos.

Na sequência, em seu artigo 116, a Constituição permitia a instituição de monopólios desde que observados três requisitos. Primeiro, a existência de um motivo de interesse público. Segundo, a autorização por lei específica (não bastam indícios de qualquer natureza, sejam doutrinários, jurisprudenciais ou mesmo econômicos). Terceiro, a indenização aos particulares que já atuavam no setor monopolizado, na forma do art. 113, nº 17<sup>243</sup>.

Ademais, depreende-se, da leitura do mesmo dispositivo, de um lado, que a União poderia monopolizar tanto uma indústria inteira, quanto uma ou algumas tarefas pertencentes a uma indústria, e, de outro, que estariam ressalvadas as atividades de competência dos Poderes locais e, também, os serviços municipalizados<sup>244</sup>.

A análise inicial do conteúdo do art. 116 da Constituição revela que o Estado não tinha poderes especiais em face dos monopólios, mas sim que os criava com base nas diretrizes constitucionais, consistentes (além da indenização aos particulares que eventualmente

<sup>242</sup> Como, por exemplo, os serviços de ensino e saúde, dispostos na ordem social.

<sup>243</sup> Art. 116. Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112 [há um erro na referência, sendo o art. 113 o correto], nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais. Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

<sup>244</sup> Serviços municipalizados seriam aquelas atividades prestadas diretamente pelos municípios. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936. p. 223 – 227. No mesmo sentido, conferir: CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914. p. 131 – 133. O autor, contudo, além das atividades oferecidas diretamente pelo município, incluía no conceito de serviço público municipalizado os serviços de caráter industrial prestados pelo ente público em concorrência com os particulares.



ocupassem o espaço no mercado), basicamente, na existência de interesse público e de uma lei específica. Verifica-se, ainda, que o texto constitucional não informava a maneira como o Estado exerceria a atividade monopolizada, nem o regime jurídico sob o qual seria prestada. O delineamento de tais temas era competência da legislação ordinária.

Atendido os requisitos mencionados, o ato de monopolizar determinada atividade ou indústria poderia ser praticado, vedando-se à União a ação sobre competências e serviços locais. Tal fato permite concluir que o ato de monopolizar poderia incidir sobre serviços públicos federais e estaduais<sup>245</sup>.

Esse conjunto de informações indica, também, que a criação de monopólio era discricionária e poderia incidir sobre qualquer setor da economia. O procedimento tornaria indisponível ao livre mercado e à iniciativa privada toda a atividade ou indústria atingida, que, então, seria exercida exclusivamente pelo Estado.

Em seguida, no que importa ao objeto do presente estudo, tem-se os artigos 118<sup>246</sup> e 119<sup>247</sup> da Constituição de 1934. O primeiro dispositivo asseverava que as minas, as demais riquezas do subsolo e as quedas de água constituíam-se, para fins de aproveitamento industrial e exploração, propriedades distintas da do solo. Nessa mesma linha, seguia o segundo

---

<sup>245</sup> Pontes de Miranda admitia a hipótese de monopolização de serviços públicos de competência municipal, desde que a atividade-alvo não tivesse sido tornada monopólio do município. A partir dessa linha de raciocínio, seria possível que a União tomasse como monopólio as atividades prestadas pelos municípios em concorrência com particulares, bem como os serviços públicos municipais delegados. MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. v. 2. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. p. 216 e p. 306. Não obstante, a redação do art. 116 somada à definição de “serviços municipalizados” desenvolvida no ambiente doutrinário precedente à Constituição de 1934, torna forçosa a ilação de que seria vedada a monopolização de qualquer atividade que fosse qualificada como serviço público municipal. Isso porque eram classificados como serviços públicos municipalizados, conforme visto na nota de rodapé anterior, todas as atividades que o município, com base no interesse local, tomasse para si, independente da forma de prestação. Esse fenômeno era denominado de “municipalização dos serviços públicos”. Ao lado disso, o art. 116 mencionava, também, os serviços de competência dos Poderes Locais, o que sugere que mesmo os serviços públicos municipais (e, portanto, de competência do Poder Local) eventualmente delegados, ou em que houvesse concorrência, estariam protegidos pelo aludido dispositivo constitucional.

<sup>246</sup> Art 118. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

<sup>247</sup> Art 119. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros. § 2º - O aproveitamento de energia hidráulica, de potência reduzida e para uso exclusivo do proprietário, independe de autorização ou concessão. § 3º - Satisfeitas as condições estabelecidas em lei, entre as quais a de possuírem os necessários serviços técnicos e administrativos, os Estados passarão a exercer, dentro dos respectivos territórios, a atribuição constante deste artigo. § 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País. § 5º - A União, nos casos prescritos em lei e tendo em vista o interesse da coletividade, auxiliará os Estados no estudo e aparelhamento das estâncias mineromédicinas ou termomédicinas. § 6º - Não depende de concessão ou autorização o aproveitamento das quedas d'água já utilizadas industrialmente na data desta Constituição, e, sob esta mesma ressalva, a exploração das minas em lavra, ainda que transitoriamente suspensa.

dispositivo e seus parágrafos. Positivou-se em sede constitucional a ideia de propriedade destacada<sup>248</sup>.

Assim, para as finalidades aludidas, a propriedade sobre as quedas d'água e das riquezas do subsolo era destacada da propriedade do solo em que se encontravam. A rigor, o regime jurídico ínsito às matérias constantes no artigo em questão era o de uso de bem público. Contudo, as atividades decorrentes desse uso, apesar de protestos doutrinários, foram tratadas como competências materiais do Estado e, no limite, como serviços públicos<sup>249</sup>.

No que diz respeito especificamente aos serviços públicos de cunho econômico, agregam-se novos elementos relativos ao regime jurídico das atividades em questão, construindo-se as bases constitucionais do instituto em comento. Essa agregação se deu em termos de direito positivo constitucional, considerando que a doutrina produzida sob a vigência da Constituição precedente já trabalhava com as características inseridas na Constituição de 1934, tais como delegação e sistema de remuneração.

Inicialmente, tinha-se a manutenção da imunidade tributária sobre as atividades desenvolvidas no âmbito dos serviços públicos delegados, ou concedidos, conforme dispunha o art. 17, X e parágrafo único, da Constituição em comento, sendo esse dispositivo muito semelhante à interpretação conferida ao art. 10, X, da Constituição de 1891<sup>250</sup>. Ao lado disso, havia disposições tratando do pessoal a ser empregado nos serviços públicos concedidos (ex.: art. 135 e art. 136<sup>251</sup>), bem como a retirada da garantia de juros (art. 142).

Paralelamente, sobressai a constante presença, implícita e explícita, da plena possibilidade (e não necessidade) de delegação do exercício dos serviços públicos

<sup>248</sup> Pelo artigo 118 da Constituição foi estabelecida uma novidade importante no direito brasileiro, consistente na separação, para fins de exploração, das “quedas d'água” em face da água onde se encontrassem. Com a individuação do bem, prepara-se a intervenção na atividade. LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. O regime jurídico da energia elétrica nas constituições brasileiras – as premissas. In: **Direito sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2519.

<sup>249</sup> Foi o caso da energia elétrica produzida a partir da exploração das quedas d'água, conforme supracitado. Ainda, havia outras atividades que decorriam do uso de bem público, que se aproximaram da noção de serviço público, como, por exemplo, as atividades portuárias, conforme visto acima.

<sup>250</sup> Art. 17. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...]: X – tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão. Parágrafo único. A proibição do nº X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos.

<sup>251</sup> Art 135. A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comércio e indústria. Art 136. As empresas concessionárias ou os contratantes, sob qualquer título, de serviços públicos federais, estaduais ou municipais, deverão: a) constituir as suas administrações com maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil, ou delegar poderes de gerência exclusivamente a brasileiros; b) conferir, quando estrangeiros, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.

econômicos. Aliás, é possível dizer que foi conferido maior ênfase ao regime jurídico aplicável aos serviços públicos econômicos delegados do que àqueles exercidos diretamente pelo Estado<sup>252</sup>.

A possibilidade de concessão de certas atividades do Estado, com a aplicação do regime jurídico correspondente, foi o elo entre determinadas competências materiais e a sua conceituação como serviço público de cunho econômico<sup>253</sup>. Em conjunto com a possibilidade de concessão havia outros elementos, como a exigência de remuneração, por exemplo.

<sup>252</sup> Nesse sentido, aos serviços não delegados havia apenas uma previsão genérica à instituição de taxas pelo titular da atividade (artigos 6º, II, 8º, II, 13, V). Por outro lado, os serviços delegados eram tratados em uma série de dispositivos, dentre os quais o art. 5º, VIII. Tal dispositivo tratava do tema de modo explícito e de modo mais específico. Em um plano mais geral, pode-se ver a possibilidade de delegação nos arts. 5º, §2º, e 137 da Constituição. Diversamente, o inciso VII do mesmo artigo, ao tratar do serviço de correios, previa a possibilidade de delegação de maneira implícita. Isso porque, conforme Gustavo Loureiro, a falta de previsão sugeria, mas não impunha, obrigatoriamente, a indelegabilidade do exercício da atividade. Nesse particular, é imprescindível ressaltar que a possibilidade, ou não, de delegação se dava por determinação da legislação ordinária. Seguindo na linha de raciocínio do mesmo autor, verifica-se uma maior importância atribuída pelo texto constitucional (sobretudo nos artigos 17, X e parágrafo único, 136, 137 e 142) ao regime jurídico dos serviços públicos de natureza econômica delegados, uma vez que a regulação incidente sobre essa espécie de atividade é mais densa, sendo perceptível nos seguintes fatores: (a) na preocupação com os aspectos financeiros de tais atividades; (b) na alusão aos aspectos teleológicos das atividades por meio da referência ao interesse público (expressões-chave: “interesse coletivo” e “necessidades públicas”); (c) na menção de que se tratam de atividades prestacionais do Estado disponibilizadas a um conjunto de indivíduos (“público em geral”); (d) proteção do interesse público por meio da adoção de medidas de proteção nacionalista; e (e) isenções tributárias. LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 82 – 85.

<sup>253</sup> Por essa razão as competências contidas no art. 5º, VIII, eram consideradas como serviços públicos. Cumpre ressaltar que a menção textual a “serviço de utilidade pública” não carregava consigo o sentido que a expressão possuía em sua tradição de origem (EUA), mormente tendo em vista, de um lado, a maneira como a doutrina produzida à luz da Constituição de 1891 tratou do tema, e, de outro, a titularidade estatal das atividades, o que é estranho à concepção norte-americana. No ponto, vale conferir o entendimento de Itiberê Rodrigues, para quem: “antes de mais nada, convém notar que, nessa sistemática constitucional, a matéria ‘serviços públicos’ é regulada no art. 5º, VIII (abrangendo telégrafos, radiocomunicação, navegação aérea e ferrovias). Note-se especificamente que as ferrovias, antes submetidas a regime de concessão e arrendamento de uso de bem público [...], passaram a ser submetidas, por força desse art. 5º, VIII, a um regime de ‘serviço público’, ao lado dos serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea. Todavia, isso não ocorreu no específico caso dos portos. Ao contrário disso, os portos continuaram a ser considerados pela Constituição de 1934 apenas e tão somente como um bem público (art. 5º, XIX, alínea ‘e’: regime de portos, ao lado da navegação de cabotagem, esta enquanto forma de uso de águas públicas). Poder-se-ia afirmar que, no momento em que o art. 5º, § 2º falava no direito de preferência dos Estados [...], esse dispositivo instituiu (ou no mínimo pressupunha) a existência de algum regime de ‘serviços públicos’ no âmbito dos portos, vez que ele textualmente aduzia a ‘serviços portuários’. Esse raciocínio, todavia, impecede, a começar porque mais adiante nesse mesmo dispositivo vem referido que tais atividades são espécies de ‘serviços de utilidade pública’. Ora, o serviço público (de origem francesa) não deve ser confundido com essa outra categoria de atividades que é o ‘serviço de utilidade pública’, a qual provém do direito administrativo norte-americano (*‘public utility’*) e sequer pressupõe titularidade estatal para uma atividade administrativa”. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016. p. 19 – 20. O autor, mais adiante em seu texto, reconhece, com finalidade apenas argumentativa, que a Constituição de 1934 poderia ter tratado os portos sob a perspectiva de serviço público, e não de bem público. Circunstância que já na Constituição de 1937 foi alterada, retornando-se o tema para o âmbito do uso de bem público. Cumpre ressaltar que se concorda com o

O tratamento conferido pela Constituição de 1934 aos serviços públicos de natureza econômica concedidos é composto por quatro vetores principais, vejamos. Primeiro, a indicação de que se trata de uma competência pública, ou seja, uma atividade atribuída ao Estado. Segundo, a afirmação da natureza econômica da atividade. Terceiro, a forma de remuneração das atividades, por meio de tarifa. Quarto, a finalidade geral a que o exercício da tarefa se destina, balizando o interesse privado (remuneração pelo serviço executado) com o interesse público (justiça da remuneração, expansão e melhoramento do serviço prestado)<sup>254</sup>.

Esse conjunto de vetores, que decorre principalmente do artigo 137<sup>255</sup>, indica quais as atividades podem se qualificar como serviço público de natureza econômica. Isso porque eles sugerem que a qualificação só pode recair sobre aquelas competências do Estado, passíveis de delegação, que oferecem a cada indivíduo interessado uma utilidade aferível economicamente (daí o porquê da contrapartida em taxa ou tarifa, dependendo da pessoa que execute a tarefa). Além disso, tais atividades devem ser voltadas ao público em geral e poder ter a prestação organizada empresarialmente<sup>256</sup>.

Por conseguinte, inexistia um rol preestabelecido de serviços públicos de natureza econômica. Dessa maneira, considerando as aludidas informações de caráter bastante genérico e amplo, qualquer atividade delegável de competência do Estado poderia ser qualificada como tal e, então, reger-se pelo regime jurídico básico correspondente<sup>257</sup>.

raciocínio do autor em comento, salvo no que tange ao tratamento conferido aos serviços portuários pela Constituição de 1934. Isso porque, a partir da redação do dispositivo em que o tema é tratado, não se encontram justificativas para apartá-lo do regime conceitual aplicado às demais atividades ali referidas. Assim, todos os serviços mencionados pelo art. 5º, §2º, são de utilidade pública, do que se depreende que (I) ou se reconhece que o uso da expressão “serviço de utilidade pública” não equivale ao conceito norte-americano e que, portanto, aquelas tarefas constituem-se em serviços públicos, (II) ou se reconhece que o uso da expressão remete, ainda que não exatamente, ao conceito norte-americano, e descarta-se para todas as atividades citadas no dispositivo em foco o regime de serviço público. A primeira opção é a que entendemos correta. Ademais, a redação do art. 5º, §2º, afasta, no domínio da Constituição de 1934, o entendimento de que os “serviços portuários” não estão inseridos no capítulo referente aos serviços públicos, mas sim no âmbito das atividades inerentes ao uso de bem público (no caso do bem público “porto”).

<sup>254</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 83 – 85.

<sup>255</sup> Art. 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

<sup>256</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 84. Nas palavras do autor: “são atividades prestacionais oferecidas ao conjunto dos indivíduos (público em geral), mas individualmente considerados em sua relação com o agente econômico”.

<sup>257</sup> Problema interessante, mas que em razão dos limites e objetivos do presente estudo não será enfrentado, decorre da circunstância de que o texto constitucional, ao contrário do que acontece com os monopólios, não exigia para a realização da *publicatio* uma lei específica, reconhecendo-a, inclusive, por meio de indícios normativos. Logo, qualquer atividade econômica poderia ser qualificada como serviço público, porquanto, independentemente da existência de lei específica ou previsão constitucional acerca da titularidade estatal,

Já no que tange aos serviços sociais, a Constituição não os tratava explicitamente como serviços públicos. No âmbito da ordem econômica e social havia uma série de competências materiais de cunho social que eram atribuídas ao Estado. Essas atividades não estavam vinculadas à expressão “serviço público”. Portanto, a situação era diversa do que acontecia com as atividades previstas no art. 5º, VIII, e § 2º, e outras de natureza econômica que possuíam elementos que as relacionavam à noção de serviço público<sup>258</sup>.

Em razão disso, as atividades de natureza social não se constituem, em termos de direito constitucional positivo, em uma categoria específica de serviços públicos, por ausência de elo entre tais competências e a expressão “serviço público”. Isso não significa, contudo, que não eram serviços públicos, mas apenas que estavam inseridas na acepção ampla do sentido material.

Diante dessas considerações, verifica-se que o significado dado à expressão “serviço público” na Constituição de 1934 era próximo daquele desenvolvido pela doutrina à luz da Constituição de 1891. Considerando as fontes em que se baseia, a sistematização do conceito de serviço público é um pouco distinta. Na Constituição de 1891, a fonte foi basicamente a doutrina. Já na Constituição de 1934, trabalhou-se com o texto constitucional, no âmbito do qual foi possível identificar no sentido material, com maior clareza, as acepções que o termo assume ao tratar de certas atividades.

No texto constitucional de 1934 foram mantidos os dois sentidos básicos utilizados para a expressão “serviço público”, quais sejam: o orgânico e o material. O primeiro equivalia ao próprio Estado; o segundo referia-se às atividades por ele prestadas. No sentido material, o termo em questão possuía (a) uma acepção ampla, que abarcava todas as atividades do Estado, e (b) uma acepção restrita que veiculava apenas as atividades exclusivas de natureza econômica, no que se incluíam os serviços públicos concedidos e os prestados diretamente.

O sentido de monopólio é abordado da perspectiva de uma competência aplicável sobre uma atividade ou indústria, e não a partir da atividade monopolizada resultante do exercício da mencionada competência. Nessa esteira, o Estado não possuía um conjunto de

---

poder-se-ia, por meio de indícios, qualificá-la como de competência estatal e, ato contínuo, como serviço público econômico (e delegável). Nessa hipótese, os particulares atuantes no setor não teriam direito à indenização. A explicação para esse fenômeno pode ter relação com o contexto em que a Constituição estava inserida, aliado ao fato de que a iniciativa privada não estaria, necessária e obrigatoriamente, alijada do âmbito econômico em que se operasse a *publicatio* nessa proporção, havendo legitimação para que os delegados e concessionários concorressem com o Estado. Conferir, sobre o tema: LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 85 – 87.

<sup>258</sup> A propósito, tem-se os seguintes dispositivos: art. 138, art. 140, art. 148, art. 149, art. 150, alíneas “c”, “d” e “e”, art. 151, entre outros.

poderes especiais em face dos monopólios, mas sim uma competência para monopolizar, desde que respeitados os limites dispostos na Constituição.

A Constituição observada realiza uma abordagem explícita acerca dos serviços de utilidade pública, embora sem uma correspondência exata ao conceito original importado dos Estados Unidos da América. Além disso, os serviços públicos também foram tratados sob a ótica das atividades exercidas em razão do uso de bens públicos, no que se inclui a ideia de propriedade destacada. Por fim, modificaram-se alguns aspectos atinentes ao regime jurídico correspondente aos serviços públicos, como, por exemplo, a extinção da garantia de juros.

### 3.1.3 As Constituições brasileiras de 1937 a de 1967: considerações acerca da evolução constitucional do conceito de serviço público

No que concerne ao sentido conferido aos conceitos observados nesse estudo, as Constituições brasileiras subsequentes (1937 a 1967/69) adotaram grande parte dos preceitos veiculados pela Constituição de 1934. A abordagem, contudo, em termos de quantidade de atividades atribuídas ao Estado e o regime jurídico incidente sobre elas, variava de acordo com o paradigma em que a Constituição estava inserida, mas sem rompimentos com o que havia sido desenvolvido.

A rigor, o rol de competências materiais atribuídas ao Estado foi se ampliando ao longo da história constitucional. Dessa maneira, a cada nova Constituição outras atividades eram atribuídas ao Estado, ou, ainda, era redimensionada a extensão da presença estatal em atividades que já lhe pertenciam em alguma medida. Essa atribuição, ou redimensionamento, assim como acontecera na vigência dos textos constitucionais antecedentes, possuía relação com o elemento material (interesse público, ou outros termos equivalentes).

A distribuição dessas novas competências entre os entes federados não foi tão evidente no texto das Constituições, porquanto as competências materiais aptas a se qualificarem como serviços públicos dos estados-membros e dos municípios não receberam a mesma atenção conferida às competências materiais da União. De todo modo, apesar de se perceber uma gradual tendência centralizadora em favor da União, aos demais entes da federação continuou a pertencer certo conjunto de atividades.

As inovações constantes nas Constituições referidas não significaram o abandono das definições ou das classificações em si, trazendo, em alguns casos, novos elementos que alteravam ligeiramente os conceitos, sem, contudo, afastá-lo das suas essências. A modificação, que consistia em ampliações ou reduções das noções atingidas, vinculava-se, em

regra, às transformações que aconteciam na própria sociedade. Não é o objetivo deste trabalho o enfrentamento das causas que ocasionaram as mudanças de enfoque conceitual, nem as atividades representativas dessas alterações.

Neste ponto do presente estudo, pretende-se, tão somente, apresentar as modificações e reiteraões que incidiram nos conceitos objetos deste estudo. Em outras palavras, objetiva-se demonstrar a forma como os textos constitucionais em análise trataram das noções de serviço público (e sua classificação), de serviço de utilidade pública, de monopólio e de exercício de atividades decorrente do uso de bem público.

Assim, iniciando a exposição do tema, tem-se que a Constituição de 1937<sup>259</sup> modificou o regime jurídico relativo aos serviços públicos concedidos. Essa modificação se deu no âmbito da isenção tributária (art. 32, parágrafo único<sup>260</sup>), considerando que a outorga de tal benefício passou a depender de lei especial e existência do interesse comum.

Por outro lado, manteve-se o sentido básico de serviço público e de monopólio. O primeiro tratado como atividade atribuída ao Estado (e, em certos momentos, como referência aos órgãos públicos). O segundo tratado como um ato do poder público (ou seja, um ato a ser praticado, em vez de certo conjunto de atividades), sem, contudo, prever a competência do Estado para monopolizar atividades ou indústrias como acontecia na Constituição de 1934. Além disso, não consta nesse texto constitucional a menção a serviços de utilidade pública.

Cumprе ressaltar que no âmbito da Constituição de 1937 buscou-se evidenciar a distinção entre a esfera pública e privada. É o que se depreende da redação do art. 135, que mencionava, pela primeira vez na história constitucional, a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, chamando a atenção para a existência de um domínio próprio dos particulares, no qual o Estado, ao agir, estaria intervindo em esfera alheia à sua. O escopo dessa disposição era confrontar a tendência socializante da época<sup>261</sup>.

<sup>259</sup> A Constituição de 1937, apelidada de polaca (em razão da influência da Constituição polonesa de 1935, de linha ditatorial) foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, acompanhando o Golpe de Estado do mesmo ano. A tônica da Constituição do Estado Novo foi o fortalecimento do Poder Executivo Federal. Assim, o Presidente da República podia adiar as sessões do Parlamento e, até mesmo, dissolver o Poder Legislativo. O Presidente legislava por meio de Decretos-Lei. As casas legislativas foram dissolvidas e o parlamento não funcionou no regime ditatorial. Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 100. Ver, também: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989. Fortaleceu-se a esfera federal em detrimento das estaduais e municipais, tanto que os poderes legislativos nesses âmbitos também foram dissolvidos e, ainda, criou-se um regime de intervenção da União em estados e municípios.

<sup>260</sup> Art. 32. É vedado à União, aos Estados e aos Municípios: [...] c) tributar bens, rendas e serviços uns dos outros. Parágrafo único. Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial. A Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945, alterou a redação do dispositivo transcrito, incluindo, no *caput*, o Distrito Federal.

<sup>261</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 85 – 86. O autor assevera que “a primeira frase do art. 135 teve uma finalidade contestatória da tendência

Não obstante, nesse período, potencializou-se a intervenção do Estado na esfera privada, por meio da criação de uma série de empresas estatais<sup>262</sup>. O fenômeno é justificado em circunstâncias como a primeira guerra mundial, a grande depressão, a segunda guerra mundial e a necessidade de desenvolver áreas estratégicas para o crescimento econômico<sup>263</sup>.

A rigor, o dimensionamento da expressão “serviço público” segue o quadro classificatório preexistente, aparecendo no texto constitucional de 1937 em dois sentidos, a saber: no orgânico<sup>264</sup> e no material, sendo o segundo dimensionado em duas acepções<sup>265</sup>. Na acepção ampla, inserem-se todas as competências do Estado, incluindo-se tanto aquelas relativas às suas funções inerentes e às não exclusivas (ensino, por exemplo)<sup>266</sup>. Na acepção restrita, abarcam-se apenas as competências materiais exclusivas, de cunho prestacional e de natureza econômica, delegadas ou não.

---

socializante da época. Rebate-se a ideologia do socialismo, mostrando-se a força do indivíduo. O conteúdo ideológico de contestação é evidente, procurando-se evidenciar que nenhum movimento de socialização pode desconhecer que quem cria, quem organiza, quem inventa é o indivíduo. E, por isso, este não pode ser eliminado. É óbvio que a expansão do indivíduo encontra um limite no bem público, mas a ênfase dada a este não pode eclipsar o indivíduo”.

<sup>262</sup> É nesse período que o Estado adota com maior ênfase a função de empresário, criando-se a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), a Companhia Vale do Rio Doce (1942), a Fábrica Nacional de Motores e a Companhia Nacional de Alcalis (1943) e a Companhia de Aços Especiais Itabira (1944). Ao lado disso, o Estado encampou uma série de empresas, tais como a Lloyd Brasileiro (1937) e Companhia Lage e Irmãos. Também se nacionalizaram outras empresas, como, por exemplo, a Company Port of Pará e a The Amazon River Steam Navigation Company Limited. Paralelamente, o Estado normatizou diversos setores da economia, como o de mineração (Código de Minas) e do sal (Decreto-Lei nº 2.300, de 10 de junho de 1940, que criou o Instituto Nacional do Sal). AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 132.

<sup>263</sup> RÜCKERT, Isabel Noêmia. **Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil**. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/87/417>>. Acesso em: 05 jul. 2016. p. 76.

<sup>264</sup> No sentido orgânico, a expressão “serviço público” consta no art. 68, que aduz: “o orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos de fundos, incluídas na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos”.

<sup>265</sup> Na acepção ampla, representando todas as atividades prestacionais do Estado, no âmbito municipal, tem-se o art. 26, “c”, e o art. 29, veja-se: “Art. 26. Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente: [...] c) à organização dos serviços públicos de caráter local”. Já o art. 29 aduz que: “os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins”. Do mesmo modo, tem-se o art. 67, “a”, asseverando que: “Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público”. Na acepção restrita, abarcando as atividades de cunho prestacional e de natureza econômica do Estado, tem-se o art. 32, parágrafo único, e o art. 44, “c”, com as seguintes redações: “art 44. Aos membros do Parlamento nacional é vedado: [...] c) exercer qualquer lugar de administração ou consulta ou ser proprietário ou sócio de empresa concessionária de serviços públicos, ou de sociedade, empresa ou companhia que goze de favores, privilégios, isenções, garantias de rendimento ou subsídios do poder público”.

<sup>266</sup> Art. 91. Salvo as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozam das garantias seguintes: a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo a não ser em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria compulsória, aos sessenta e oito anos de idade ou em razão de invalidez comprovada, e facultativa nos casos de serviço público prestado por mais de trinta anos, na forma da lei.



As competências materiais, de cunho prestacional e natureza econômica<sup>267</sup>, são relacionadas à ideia de serviço público, assim como acontecia na Constituição precedente, por intermédio de determinadas circunstâncias, tais como a previsão de delegação das atividades e da cobrança de taxa (ou tarifa). Nesse sentido, quando tais atividades eram delegadas à iniciativa privada passavam a regular-se pelas disposições constitucionais atinentes aos serviços públicos concedidos. A exploração dessas tarefas por particulares possuía, evidentemente, finalidade econômica.

Daí o porquê da nomenclatura do tipo de competência que compõe o sentido material restrito de serviço público. A exclusividade do serviço advém do fato de a atividade não ser livre à iniciativa privada. O cunho prestacional da atividade, por sua vez, decorre de elementos que remetem à compreensão de que se trata de tarefas voltadas ao público, como é o caso da previsão de taxas (tarifas) pelo uso do serviço. Por fim, a natureza econômica é consequência do relacionamento das atividades em questão à ordem econômica e aos preceitos nela estabelecidos<sup>268</sup>.

Ao lado disso, manteve-se a ideia de propriedade destacada das quedas d'água, bem como das minas e das demais riquezas do subsolo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial, conforme consta no art. 143 da Constituição de 1937<sup>269</sup>. As atividades decorrentes do uso de determinados bens públicos continuavam sendo tratadas como serviços públicos.

A Constituição de 1937 não continha a menção a uma competência para monopolizar determinadas atividades ou indústrias, como acontecia na vigência da Constituição precedente. As únicas referências a monopólio constavam no art. 13, “e”, que vedava a edição de decreto-lei sobre a instituição de monopólios, e no art. 16, VIII, cuja redação atribuía competência privativa à União para legislar sobre os monopólios de indústrias. Trata-se,

---

<sup>267</sup> São espécies dessa atividade as dispostas, por exemplo, no art. 15, VI e VII, segundo o qual: “Compete privativamente à União: [...] VI - manter o serviço de correios; VII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”.

<sup>268</sup> Veja-se que o art. 15, VII, assevera que compete privativamente à União explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, bem como determinadas linhas férreas. Quando essas atividades são concedidas, incide as regras constitucionais relativas aos serviços públicos concedidos. Essa modalidade de prestação de serviço público, ao lado de normas esparsas constantes no texto constitucional (art. 32, parágrafo único, e art. 44, “c”, por exemplo), é regulada por disposições constantes na ordem econômica da Constituição em tela, como é o caso dos artigos 146, 147 e 153. Tais dispositivos evidenciam a natureza econômica dos serviços públicos concedidos.

<sup>269</sup> Art 143. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água constituem propriedade distinta da propriedade do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização federal.

portanto, de uma competência legislativa, o que é bem diferente da competência material para “instituir monopólios”.

Assim, não se atribuíam prerrogativas ao Estado em relação aos monopólios, nem, do ponto de vista constitucional, a competência material para instituir monopólios, mas sim uma competência para legislar sobre a instituição de monopólios, conforme art. 13, “e”. Logo, a matéria foi desconstitucionalizada. A Constituição de 1934 exigia, no próprio texto constitucional, a presença de determinados requisitos para o exercício da monopolização. A Constituição de 1937 referia apenas à legislação sobre instituição de monopólios, sugerindo que infraconstitucionalmente seriam tratados dos requisitos para monopolização, com observância aos preceitos constantes no art. 135<sup>270</sup>.

Ao longo da vigência da Constituição de 1937, a influência que os conceitos produzidos na França e nos EUA exerciam sobre a doutrina pátria ainda era perceptível. As aludidas tradições permearam as discussões acerca dos serviços públicos no Brasil. Esse debate é evidenciado no âmbito da comissão de juristas formada por ordem de Francisco Campos, Ministro da Justiça (1937 – 1941). O escopo dessa comissão era a realização de estudos e elaboração do anteprojeto de lei de fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, regulando o art. 147 da Constituição de 1937<sup>271</sup>.

O relatório contendo os trabalhos finais da Comissão foi publicado, em 1947, por Odilon Braga<sup>272</sup>. Em seu texto há um relato da história brasileira dos serviços públicos e dos serviços de utilidade pública até 1940, bem como do hibridismo decorrente da adoção desses modelos e da forma como eles influenciaram o debate acerca do tema<sup>273</sup>. Também fica demonstrado o conhecimento dos membros da Comissão acerca dos mencionados conceitos, verificando-se, inclusive, a existência de uma corrente para cada tradição<sup>274</sup>.

<sup>270</sup> Art 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

<sup>271</sup> Art. 147. A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.

<sup>272</sup> Isso se deu por meio de quatro textos publicados nos volumes 07 a 10 da Revista de Direito Administrativo.

<sup>273</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 30.

<sup>274</sup> Nesse aspecto, o relatório menciona que houve intensos debates entre os que se filiavam às noções oriundas da tradição norte-americana (tais como: Anhaia Melo, Alves de Souza, Bilac Pinto e Plínio Branco) e os que se engajavam aos conceitos da tradição francesa (caso de Miranda Carvalho e Oscar Weinschenck). Conferir, BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 33 – 51, 1947. p. 37

A leitura desse texto desvela a influência exercida pela corrente afeta à tradição norte-americana, que possuía uma concepção acentuadamente privatista, sobre os serviços de eletricidade e telefonia a partir da proclamação da República<sup>275</sup>. Por outro lado, contudo, deixa igualmente clara a influência francesa no âmbito das concessões de portos e estradas. De qualquer forma, era plenamente perceptível o conflito ideológico existente sobre o tema, no âmbito dos debates correspondentes<sup>276</sup>.

Não obstante, novamente, parece ter prevalecido a concepção francesa de serviço público, sobretudo pela ausência de referência expressa, no âmbito da Constituição de 1946, à noção de serviço de utilidade pública. Essa circunstância, contudo, não impediu que as discussões concernentes à definição de serviço público e de serviço de utilidade pública, bem como acerca do delineamento de seus respectivos regimes jurídicos e âmbitos de incidência, continuassem em sede doutrinária e jurisprudencial, como se verá adiante.

A Constituição de 1946, do mesmo modo como a precedente, manteve o significado de “serviço” e de “serviço público”. Concentrando-se apenas no segundo, verifica-se que o texto constitucional em questão se vale da expressão tanto no sentido orgânico, referindo-se aos órgãos e entidades estatais (como, por exemplo, acontece nos seguintes dispositivos: art. 73 e art. 185, *caput*<sup>277</sup>), quanto no sentido material, tratando das atividades do Estado<sup>278</sup>.

<sup>275</sup> BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 33 – 51, 1947. p. 33 – 35.

<sup>276</sup> O resultado das discussões ocorridas no âmbito da Comissão pendeu para a adoção do modelo francês. Isso porque, a despeito de algumas confusões terminológicas ocorridas ao longo dos debates, a utilização da expressão “serviço público concedido” excluiria o conceito de serviço de utilidade pública. Assim: “bem se vê, pois, que a noção de serviço público explorado por concessão, resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental”. BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 33 – 51, 1947. p. 42.

<sup>277</sup> Art 73. O orçamento será uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos, e incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos. Art. 185. É vedada a acumulação de cargos, no Serviço Público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como em entidades autárquicas, parastatais ou sociedade de economia mista, exceto a prevista no art. 96, n° I, a de dois cargos de magistério, ou a de um destes com outro técnico ou científico ou, ainda, a de dois destinados a médicos, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.

<sup>278</sup> Essa circunstância é abordada pela doutrina da época, que considerava indecisa a individualidade jurídica em questão, pois serviço público ora se refere à pessoa (denotando a predominância dos sinais caracterizadores dessa individualidade), ora se refere à coisa (denotando a predominância dos sinais caracterizadores dessa individualidade). De qualquer forma, afirmava-se que: “serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa. [...] A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma. No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial. Ora, a determinação do conceito de utilidade pública incumbe a ciências não-jurídicas, como a Sociologia, a Política e a Ciência da Administração. Essa determinação, de resto, faz-se relativamente a tal país e a tal momento designados. Trata-se pois, de conceito essencialmente variável no tempo e no espaço”. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de**

O sentido material é dimensionado de acordo com as competências abarcadas, possuindo as acepções ampla e restrita. A acepção ampla abarca todas as atividades do Estado (é o caso do art. 28, II, “b” e do art. 95, § 1º<sup>279</sup>). A acepção restrita refere-se apenas as competências materiais de cunho prestacional e de natureza econômica do Estado, ainda que concedidas (por exemplo, o art. 31, V, “a” e parágrafo único, art. 151<sup>280</sup>).

Nesse particular, em termos de regime jurídico-constitucional, manteve-se um cenário bastante aproximado ao existente na Constituição precedente. Assim, por exemplo, reiterou-se a possibilidade de tributação dos serviços públicos concedidos (art. 31, parágrafo único), atribuindo-se ao legislador ordinário a competência para disposição sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos, conforme consta no art. 151<sup>281</sup>.

Ao lado disso, o monopólio volta a ser tratado, de maneira explícita, em nível constitucional, como o resultado do exercício de uma competência estatal (art. 146<sup>282</sup>). A abordagem acerca dos monopólios, portanto, permanece vincada à tradição até então existente, no sentido de não se conferir ao Estado um conjunto de poderes em face dos monopólios, mas sim uma competência para monopolizar.

O exercício de tal atribuição está condicionado a um requisito formal (“lei especial”) e outro material (“interesse público”), estando limitada pelos direitos fundamentais assegurados na Constituição de 1946. A prática do ato correspondente ao exercício da competência em tela é considerada pela Constituição, expressamente, como intervenção no domínio econômico, razão pela qual há associação direta entre os monopólios e as atividades privadas.

**direito administrativo.** Porto Alegre: Sulina, 1964. p. 82 e 85 e p. 81. O mesmo autor, no início da obra citada, refere que utilidade pública é a finalidade da administração pública e o traço essencial de todo o direito administrativo. Op. Cit. p. 15 – 18.

<sup>279</sup> Art 28. A autonomia dos Municípios será assegurada: [...] II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, [...] b) à organização dos serviços públicos locais. Art 95. Salvo as restrições expressas nesta Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: [...] § 1º. A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, contados na forma da lei.

<sup>280</sup> Art 31. A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...]. V - lançar impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo [...]. Parágrafo único. Os serviços, públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum. Art 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

<sup>281</sup> O art. 151 previa uma lei orgânica para os serviços públicos concedidos (de modo semelhante ao que acontece hoje com a Lei 8.987/95).

<sup>282</sup> Art 146. A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Em outras palavras, na medida em que as atividades monopolizadas eram privadas e o ato de monopolizar se constituía em um mecanismo de intervenção na esfera privada do domínio econômico, por razões lógicas precisava-se definir o resultado da monopolização como atividade privada do Estado. Por força da redação do texto constitucional vigente na época, o raciocínio estava adequado; atualmente, como se verá, o arranjo constitucional sobre o tema conduz, forçosamente, à conclusão diversa<sup>283</sup>.

O cenário também não se altera substancialmente no que tange aos serviços decorrentes do uso de determinados bens públicos<sup>284</sup>, nem quanto à noção de propriedade destacada (arts. 152 e 153<sup>285</sup>). Do mesmo modo, não há alteração no que concerne à noção de serviço de utilidade pública, porquanto essa expressão não aparece no texto constitucional de 1946. Embora seja visualizada, por parcela da doutrina, no art. 151<sup>286</sup>, e pelo STF, no art. 5º, XII, que previa a autorização como meio de exploração indireta de certas atividades.

<sup>283</sup> Cumpre ressaltar, contudo, que, segundo Alberto Venâncio Filho, houve intensa controvérsia acerca da interpretação desse dispositivo. De um lado, entendiam alguns que a intervenção do Estado no domínio econômico só poderia ocorrer por meio de monopólio; de outro lado, havia os que entendiam que intervenção e monopólio eram figuras distintas. VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988. p. 55 – 56. De todo modo, em qualquer das linhas interpretativas existentes, a assertiva constante no texto permanece válida. No primeiro caso, a afirmação é mais evidente, pois monopólio é a única forma de intervenção; no segundo caso, há duas competências do Estado em face do domínio econômico, quais sejam: intervir (ação por meio da instituição de entidades estatais que concorreriam com particulares) e monopolizar (tomar para si toda uma indústria ou atividade privadas). Nesse contexto, o resultado do monopólio seria (exatamente como acontecia nas constituições precedentes) a reserva de uma atividade (ou indústria) privada ao Estado, que passaria a atuar sozinho. Logo, a intervenção seria bastante intensa, até o ponto de se instituir um monopólio do Estado. Em resumo: a intervenção seria um gênero composto por duas espécies que variavam em intensidade. A interpretação no sentido de tratar monopólio como algo absolutamente distinto da intervenção produziria como resultado a não incidência dos limites (direitos fundamentais) e do requisito material (interesse público) previstos no art. 146, dado que a segunda parte do artigo trata somente de intervenção. Tal interpretação seria evidentemente ilógica.

<sup>284</sup> É o caso das atividades relativas ao uso do bem público “porto”, conforme visto acima. A matéria, no âmbito da Constituição 1946, está prevista no art. 5º, XV, “i”, cuja redação menciona que compete à União legislar sobre o regime dos portos, afastando-a, portanto, do art. 5º, XII, no qual estão previstas as atividades que eram tratadas como serviços públicos. Assim, o “porto” é tratado como um bem cujo regime jurídico é definido por lei de competência da União, e não como atividade. Disso decorre que as atividades seguem o regime jurídico do bem, por lhe serem inerentes. Para aprofundar, conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

<sup>285</sup> Art 152. As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. Art 153. O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei.

<sup>286</sup> A partir desse dispositivo, Themístocles Brandão Cavalcanti entendia que a *regulation*, oriunda da tradição norte-americana, deveria inspirar a lei mencionada. Nesse sentido, asseverava que uma lei geral deveria regular toda a matéria atinente ao regime das concessões. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. t. III. Rio de Janeiro: José Korfino, 1952. p. 325. O autor, em conjunto com considerável parcela da doutrina, enxergava no dispositivo em questão um posicionamento da Constituição, no sentido de recepcionar a tradição estadunidense das *public utilities*, em detrimento do modelo francês. A expressão-chave que lastreava esse raciocínio era “justa remuneração” (*fair remuneration*), constata no parágrafo único do art. 151. Sobre o tema, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo

Assim, a Constituição de 1946, ao referir as figuras da concessão e da autorização, teria atribuído à União liberdade para escolher o regime jurídico por meio do qual seriam prestadas as atividades de sua competência. Nessa linha, a figura da concessão atrairia os regramentos incidentes sobre a noção oriunda da tradição francesa e, então, a atividade seria serviço público. Já a figura da autorização atrairia os regramentos incidentes sobre o conceito oriundo da tradição norte-americana e, então, a atividade seria de utilidade pública<sup>287</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, produzida na época, corroborava essa afirmação, apesar de oscilações quanto ao uso dos termos. Na década de 1950, em ao menos quatro julgados o mencionado Tribunal faz a referida distinção. Tratam-se dos Recursos Extraordinários nº 20.111 (01/01/1953)<sup>288</sup> e nº 23.640 (03/09/1953), bem como dos Agravos de Instrumento nº 16.123 (10/09/1953)<sup>289</sup> e nº 16.597 (12/04/1954)<sup>290</sup>.

---

Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas**: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 190 e seguintes.

<sup>287</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 33 – 35. Desse autor é a referência às decisões que constam no parágrafo imediatamente inferior no nosso texto, cujo conteúdo corrobora sua assertiva.

<sup>288</sup> “Exploração de serviço público ou de interesse público. Regime de autorização, que se não confunde com o de concessão. Inaplicabilidade da ressalva do parágrafo único do art. 31 da Constituição Federal. (RE 20111, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, Primeira Turma, julgado em 01/06/1953, DJ 24-12-1953 PP-15861 EMENT VOL-00157-02 PP-00412)”. Nesse julgado, a Companhia Aérea Cruzeiro do Sul pretendia obter isenção fiscal, com base no parágrafo único do art. 31 da Constituição de 1946, de tributo cobrado pelo Município de São Paulo. Na ocasião, o STF entendeu que a União poderia, livremente, optar por explorar diretamente as atividades de sua competência ou por meio do regime de concessão ou, ainda, de autorização. No primeiro caso, haveria delegação com título exclusivo; ao passo em que, no segundo, seria mantido o sistema de concorrência, reservando-se apenas o controle ou regulamentação da exploração do serviço. Assim, não se tratando de regime jurídico vinculado à concessão, seria inaplicável o art. 31, parágrafo único, da Constituição em tela. A rigor, o regime de autorização – que é tido por sinônimo de permissão – consistia no oferecimento de serviço que, embora de utilização pública e reservado à União, foi deixado à concorrência entre particulares, sendo regulamentado como qualquer outra atividade que afete à segurança e comodidade públicas. Então, conclui “*o que se apresenta, na realidade, não é um serviço concedido, mas um serviço de utilidade pública exercido por particulares, sob o controle ou supervisão da União*”. O RE 23.640 é praticamente idêntico, no contexto e na fundamentação, ao RE 20.111, mas envolvendo o Distrito Federal.

<sup>289</sup> “NÃO HÁ CONFUNDIR SERVIÇO PÚBLICO COM SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA. COMPANHIA DE ARMAZÉNS GERAIS. (AI 16123, Relator(a): Min. MÁRIO GUIMARÃES - CONVOCADO, Primeira Turma, julgado em 10/09/1953, DJ 06-05-1954 PP-04842 EMENT VOL-00167-01 PP-00052)”. Nesse julgado, a Companhia Espírito Santo e Minas de Armazéns Gerais pretendia a isenção fiscal prevista no parágrafo único do art. 31 da Constituição de 1946, com a finalidade de não recolher tributo lançado pelo Distrito Federal. O pleito foi negado, uma vez que o STF considerou que a atividade executada pela entidade privada era de utilidade pública, e não serviço público.

<sup>290</sup> “INADMISSAO DO APELO CONSTITUCIONAL. RECURSO DE REVISTA NA INSTÂNCIA TRABALHISTA. CONCEITUAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA. CONSOLIDAÇÃO, ART. 472. AGRAVO NÃO PROVIDO. (AI 16597, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA, Segunda Turma, julgado em 12/04/1954, DJ 22-07-1954 PP-08679 EMENT VOL-00178-01 PP-00006 ADJ 01-08-1955 PP-02575)”. Nesse julgado, um empregado da empresa Folha da Manhã S.A pretendia a declaração de tinha direito à licença para trabalhar em entidade privada prestadora de serviço de utilidade pública, sob a alegação de que as atividades exercidas nessa entidade se constituíam em encargo público, atraindo, por consequência, o disposto no art. 472 da CLT. O Tribunal Superior do Trabalho, após esclarecer que a equiparação entre serviço público e serviço de utilidade pública se dava no âmbito da CLT apenas para os efeitos estritos de aplicação das disposições constantes do seu título X, ressaltou as diferenças

Nas ocasiões, decidiu-se que as atividades observadas eram de natureza privada, consistindo em serviço de utilidade pública (serviço público autorizado, nos moldes do instituto importado dos Estados Unidos da América), sendo, portanto, diferentes, principalmente no que concerne ao regime jurídico, dos serviços públicos concedidos (serviço público, nos moldes do instituto jurídico importado da França). No entanto, na mesma década, houve outros julgados, nos quais a referida distinção não ficou clara, de modo que os conceitos foram confundidos (e mesmo utilizados indistintamente). Foi o que aconteceu, por exemplo, no julgamento do MS 4.382 (12/07/1957)<sup>291</sup> e do RE 43.456 (12/11/1959)<sup>292</sup>.

Portanto, o elo entre determinadas competências materiais de cunho prestacional do Estado e a noção de serviço público em sentido estrito ou de serviço de utilidade pública decorria, tal como na Constituição precedente, da possibilidade de delegação e de exploração econômica da atividade. A vinculação da atividade a um ou a outro regime jurídico se dava pela análise do instrumento por meio do qual a atividade era delegada aos particulares.

Nessa linha de raciocínio, os serviços constantes no art. 5º, XII<sup>293</sup>, quando delegados aos particulares por meio de concessão, relacionavam-se com a noção de serviço público, sendo, conseqüentemente, qualificados como serviços públicos concedidos. A partir daí,

---

entre tais conceitos. Na oportunidade, aduziu que os serviços públicos são prestados ao governo e por este remunerados, ao passo em que os serviços de utilidade pública é um serviço particular que, por seu interesse à coletividade, é declarado como tal, para a obtenção de determinadas regalias (isenção de taxas, por exemplo). Dito isso, situou-se a vedação de rescisão ou alteração do contrato de trabalho prevista no aludido dispositivo da CLT, asseverando que sua aplicação estava restrita ao afastamento das atividades profissionais para o desempenho de encargo público (como seria o caso do serviço de mesário, jurado etc.) e não de exercício de função em entidades privadas, ainda que declaradas de utilidade pública. O STF, ao apreciar o agravo contra a negativa de seguimento do recurso extraordinário, considerou que estava correta a decisão do TST, porquanto reformara decisão das instâncias locais que faziam confusão entre os conceitos de serviço público e serviço de utilidade pública.

<sup>291</sup> TAXAS. TARIFAS OU TABELAS DE PREÇOS DE SERVIÇOS PUBLICOS EXPLORADOS DIRETAMENTE PELO ESTADO OU MEDIANTE CONCESSÃO. DISTINÇÃO. AS TAXAS SÃO TRIBUTOS ESTABELECIDOS POR LEI; AS TARIFAS CORRESPONDEM A ATOS DO PODER EXECUTIVO. (RMS 4382, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 12/07/1957, DJ 08-08-1957 PP-09713 EMENT VOL-00308-01 PP-00183). Nesse julgado, em que se discutia a legalidade do aumento do preço da passagem dos serviços de transporte coletivo (sobre o qual inexistiam dúvidas acerca do fato de ser explorado diretamente pelo Estado ou mediante concessão), utilizaram-se indistintamente as expressões serviço público e serviço de utilidade pública. Tanto que na ementa consta “serviço público”, ao passo em que no voto do relator aparece a expressão “serviço de utilidade pública”.

<sup>292</sup> SIMPLES PERMISSIONÁRIA DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA NÃO GOZA DE ISENÇÃO FISCAL. (RE 43456, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, Primeira Turma, julgado em 12/11/1959, DJ 24-12-1959 PP-17443 EMENT VOL-00415-02 PP-00696). Nesse julgado, embora vencedora a tese que já mencionada no RE 20.111 e no RE 23.640 no que tange à qualificação da atividade prestada pela empresa Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. como de utilidade pública – e, portanto, do não reconhecimento de isenção fiscal –, houve voto divergente, proferido pelo Min. Cândido Motta Filho, no sentido de considerar que o serviço permissionário (na época equivalente à autorizado) se trata de serviço público explorado indiretamente pelo Estado, não havendo distinção com os serviços públicos concedidos.

<sup>293</sup> Art 5º. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão, os serviços de telégrafos, de radiocomunicação, de radiodifusão, de telefones interestaduais e internacionais, de navegação aérea e de vias férreas que liguem portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado.

aplicavam-se diretamente as disposições correspondentes à aludida qualificação, as quais possuíam parcela de sua regulação constitucional situada no capítulo destinado à ordem econômica (art. 151, parágrafo único<sup>294</sup>).

Por outro lado, vale ressaltar que o ensino foi atribuído ao Estado como competência material de cunho prestacional, de natureza não econômica, e sem exclusividade. A ausência de exclusividade tornava as atividades livre à iniciativa privada. Porém, como nas Constituições anteriores, o Estado tinha obrigação de oferecer o serviço (art. 167 e 168, I e II, por exemplo<sup>295</sup>).

Todavia, do mesmo modo como acontecia nas Constituições precedentes, não havia elementos constitucionais que permitissem relacioná-las a uma categoria específica de serviço público. Dessa maneira, continuavam sendo contingentes à noção ampla de serviço público em sentido material.

A Constituição de 1967<sup>296</sup>, no que diz respeito aos temas em análise, não fez diferente, recepcionando o debate precedente e inserindo algumas modificações. Essas modificações, do ponto de vista conceitual, não foram substanciais. Assim, no texto constitucional em questão, manteve-se a noção básica de serviço público, sem a indicação de um conceito material<sup>297</sup>, referindo-se ora ao próprio Estado, ora às atividades de titularidade do Poder Público.

---

<sup>294</sup> Art 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.

<sup>295</sup> Art 167. O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem. Art 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos.

<sup>296</sup> Em março de 1964, as Forças Armadas intervieram na condução do país por meio de sucessivas emendas à Constituição de 1946. Percebeu-se, então, que a Constituição vigente não correspondia mais ao novo momento político. Em razão disso, em 1967, o Congresso Nacional aprovou uma nova Constituição. Essa Constituição, marcada pela preocupação com a segurança nacional, tinha características bastante centralizadoras, conferindo ao Presidente da República amplos poderes, dentre os quais a possibilidade de legislar por meio de decretos-leis. Posteriormente, em 13 de dezembro de 1968, o governo editou o Ato Institucional nº 5, ampliando os poderes do Presidente da República e restringindo direitos e liberdades básicos. Com base no citado AI 5, o Presidente podia fechar as casas legislativas das três esferas da Federação, exercendo as suas funções enquanto não houvesse a normalização das circunstâncias. Tais atos ficavam imunes ao controle pelo Judiciário. Com a Emenda nº 1/69, operou-se profunda reforma constitucional, a tal ponto de ser considerada uma nova Constituição. No entanto, essa reforma não afetou substancialmente o cenário formado pela Constituição de 1967 no que concerne aos temas objeto aqui analisados. Conferir, MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 101.

<sup>297</sup> Doutrinariamente, no entanto, o conceito de serviço público, definido pelos três critérios clássicos, tinha como pressuposto o sentido material da expressão. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, ao tratar da classificação das atividades da Administração, aduzia que o Estado desempenhava uma série de atividades, dentre as quais aquelas voltadas à prestação de utilidades e comodidades aos administrados. Nessa categoria, inseriam-se os serviços públicos. Para o autor, o critério formal era o determinante para a definição



Logo, utilizou a expressão em dois sentidos, a saber: o orgânico e o material<sup>298</sup>. No primeiro sentido, fazendo referência ao próprio Estado, o termo aparece no art. 96 e no art. 106, por exemplo<sup>299</sup>. No outro sentido, abarcando atividades de competência do Estado, a expressão é utilizada em duas diferentes acepções, quais sejam: ampla e restrita.

Na acepção ampla, equivalendo a todas as atividades prestacionais de competência do Estado, a expressão “serviço público” consta, por exemplo, nos arts. 16, II, “b”, 17, § 1º, e 157, § 7º<sup>300</sup>. Já na acepção restrita, relacionando-se às atividades materiais exclusivas de cunho prestacional e de natureza econômica do Estado, a expressão mencionada consta, por exemplo, nos arts. 36, I, “a”, 152, § 2º, “f”, 158, XII, e 160<sup>301</sup>.

---

de serviço público. Por isso, só merecia ser designado como serviço público as comodidades materiais prestadas diretamente aos administrados, sob um regime jurídico de direito público. A partir daí concluiu que a noção de serviço público, além do óbvio elemento orgânico, era composta por dois elementos, a saber: um substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados, e outro formal, que lhe dá caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público. É com base nesse elemento formal que o autor distingue os serviços governamentais – identificáveis com um conceito material amplo de serviço público – dos serviços públicos. Os primeiros abarcariam todas as atividades (utilidades ou comodidades) prestadas pelo Estado diretamente aos administrados, independentemente do regime jurídico; ao passo em que os segundos seriam apenas aquelas que se submetessem ao regime jurídico de direito público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 18 – 20.

<sup>298</sup> A rigor, na doutrina encontrava-se menção a três sentidos de serviço público, a saber: o subjetivo (ou orgânico), o objetivo (ou material) e o formal. Cada um desses sentidos conferia ênfase a um dos critérios de definição do conceito clássico de serviço público, mais especificamente ao que carregava o mesmo nome. Esses sentidos referiam-se, respectivamente, ao Estado em si, as atividades prestadas pelo Poder Público – e, portanto, voltada à satisfação do interesse público (em uma relação automática, na linha do autor e de suas referências) – e ao regime jurídico de direito administrativo. A partir daí assevera-se que a noção tradicional de serviço público relacionava os três critérios mencionados, formando um conceito complexo. Na verdade, os próprios sentidos em que se utiliza a expressão “serviço público”, contêm em si os três critérios, embora, como dito, acentuando, em cada caso, a importância de um em detrimento de outros. Conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 151 – 160.

<sup>299</sup> Art 96. Não se admitirá vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público. Art. 106. Aplica-se aos funcionários dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como aos dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, o disposto nesta Seção, inclusive, no que couber, os sistemas de classificação e níveis de vencimentos dos cargos de serviço civil do respectivo Poder Executivo, ficando-lhes, outrossim, vedada a vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

<sup>300</sup> Art 16. A autonomia municipal será assegurada: [...] II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: [...] b) à organização dos serviços públicos locais. [...] Art 17. [...]. § 1º. Caberá ao Senado discutir e votar projetos de Lei sobre matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da Administração do Distrito Federal. Art. 157. [...] § 7º. Não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

<sup>301</sup> Art. 36. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes. Art. 152. [...]. § 2º. O Estado de sítio autoriza as seguintes medidas coercitivas: [...] f) uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos, assim como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades. Art. 158. [...]. XII – fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e Industriais. Art 160. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais [...].

No âmbito da Constituição de 1967 surgiu, de forma explícita, no interior do sentido material, uma nova classificação de serviço público, consoante se infere da redação do art. 19, II<sup>302</sup>, qual seja: a dos serviços *uti singuli* e *uti universi*. Essa classificação pertence ao sentido material, referindo-se às competências de cunho prestacional. A primeira indica atividades oferecidas aos indivíduos específicos (ou especificáveis), ou postas à sua disposição, de modo divisível. A segunda indica atividades indivisíveis e sem sujeitos identificáveis.

A rigor, de maneira genérica, as Constituições anteriores previam a competência da União, dos Estados e dos Municípios de instituir e cobrar taxas sobre a utilização dos serviços de suas respectivas competências. No entanto, é somente com a Constituição de 1967 que se faz menção a “*serviços públicos específicos e divisíveis*”, razão pela qual se trata dessa classificação apenas a partir de sua vigência<sup>303</sup>. Ademais, a referência expressa a essa categoria de serviço indica a existência – implícita no texto constitucional – de serviços públicos não específicos e indivisíveis.

<sup>302</sup> Art 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar: [...] II - taxas pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

<sup>303</sup> Aliás, o tratamento doutrinário acerca dessa categoria de serviço público acontece à luz da Constituição de 1967. É o que se infere da análise, por exemplo, da obra de Hely Lopes Meirelles. O autor, ao tratar do tema à luz da Constituição de 1946, aduzia que serviços públicos em sentido amplo eram aqueles prestados para a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da comunidade. A partir da essencialidade, ou não, desses serviços, eles eram classificados como públicos (visava a satisfazer necessidades gerais da coletividade, para que ela pudesse subsistir e se desenvolver) ou de utilidade pública (visava a facilitar a existência do indivíduo na sociedade, proporcionando-lhe bem-estar, conforto e comodidades). Ambas as espécies tinham em comum a destinação pública, sendo, por isso, regidas por normas de direito público. O traço distintivo estava centrado na possibilidade, ou não, de delegação. A primeira categoria deveria ser prestada diretamente pelo Estado, ao passo em que a segunda poderia ser prestada por particulares. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. p. 267 – 269. O mesmo autor, abordando o assunto sob a vigência da Constituição de 1967 (e após a edição da EC 1/69), conceituava serviço público em sentido amplo da mesma forma acima referida, ou seja, como gênero do qual são espécies os serviços públicos e os serviços de utilidade pública, os quais eram definidos, respectivamente, pela sua essencialidade e utilidade para a sociedade. Em seguida, expunha que o conceito de serviço público não era uniforme, sendo utilizado em três sentidos: o orgânico, o formal e o material. Aduzia, ainda, que as atividades qualificáveis como serviço público variam conforme as exigências de cada povo e época, de modo que, quanto à qualificação de uma atividade como serviço público ou de utilidade pública, predomina a vontade soberana do Estado. Em seguida, classificavam-se os serviços como sendo públicos e de utilidade pública; próprio e impróprios do Estado; administrativos ou industriais; *uti universi* e *uti singuli*. A novidade está justamente nessas duas últimas categorias, na linha do se afirmou acima. Nas palavras do autor: os serviços *uti universi* “são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender a coletividade no seu todo, como são os de polícia, iluminação pública, calçamento, e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para o seu domicílio, para a sua rua ou para o seu bairro. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por imposto (tributo geral) e não por taxa ou tarifa que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço”; já os serviços *uti singuli* “são os que têm usuários determinados como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento, e satisfaçam as exigências regulamentares. São, em regra, serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por tarifa (preço público) e não por imposto ou taxa (tributos)”. \_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 5. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 295 – 299.

No mais, a Constituição em questão mantém o sistema de estabelecer vínculos entre atividades materiais do Estado e o regime jurídico dos serviços públicos concedidos, que, por sua vez, possuem parcela de sua regulação disposta na ordem econômica. É o que acontece com as atividades previstas no art. 8º, XV, por exemplo<sup>304</sup>. Ademais, no texto constitucional encontram-se atividades decorrentes do uso de bem público, as quais recebem tratamento aproximado ao conferido aos serviços públicos. O mesmo acontece com a noção de propriedade destacada (como ocorre com o art. 161<sup>305</sup>) e com os serviços daí decorrentes<sup>306</sup>.

O regime jurídico-constitucional destinado à regulação dos serviços públicos concedidos estava previsto, principalmente, nos art. 20, §§ 1º e 2º, e no art. 160<sup>307</sup>. O primeiro dispositivo reiterava a possibilidade de instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das concessionárias de serviço público. Já o segundo enunciava algumas das balizas centrais que deveriam ser observadas pela lei que dispusesse acerca do regime jurídico das empresas concessionárias de serviços públicos.

<sup>304</sup> Art. 8º. Compete à União: [...] XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de um Estado, ou Território.

<sup>305</sup> Art 161. As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial. § 1º - A exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependem de autorização ou concessão federal, na forma da lei, dada exclusivamente a brasileiros ou a sociedades organizadas no País.

<sup>306</sup> Todas essas atividades eram consideradas doutrinariamente como serviços públicos, a propósito, embora tratando da Constituição pós-Emenda nº 01/69, que nesse particular altera apenas a numeração dos dispositivos, calha a transcrição das palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A Carta Magna do país já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como de alçada do Poder Público. Sirvam de exemplo: serviço postal e Correio Aéreo Nacional (art. 8º, XII), serviços de telecomunicações, serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem e natureza, navegação aérea, exploração de vias de transporte entre portos marítimos, fronteiras nacionais ou que transponham mais de um Estado ou território (art. 8º, XV, letras “a”, “b”, “c”, “d”), assistência sanitária, médica e hospitalar, previdência social e seguro contra acidentes do trabalho (art. 165, XV e XVI), educação (art. 176 e § 1º). A enumeração dos serviços que o texto constitucional considera públicos não é exaustiva nem significa que estejam, todos eles, salvo concessão ou autorização, excluídos do campo de ação dos particulares”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 21. No mesmo sentido, VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 98.

<sup>307</sup> Art 20. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar imposto sobre: a) o patrimônio, a renda ou os serviços uns dos outros; [...] § 1º. O disposto na letra a do n.º III é extensivo às autarquias, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados às suas finalidades essenciais, ou delas decorrentes; não se estende, porém, aos serviços públicos concedidos, cujo tratamento tributário é estabelecido pelo poder concedente no que se refere aos tributos de sua competência, observado o disposto no parágrafo seguinte. § 2º. A União, mediante lei complementar, atendendo, a relevante interesse social ou econômico nacional, poderá conceder isenções de impostos federais, estaduais e municipais. Art 160. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

A intervenção do Estado na parcela privada do domínio econômico estava prevista, principalmente, no art. 163 da Constituição<sup>308</sup>. Embora em outros termos, e de maneira mais explícita, o texto constitucional, nesse dispositivo, previa parcela da realidade do dimensionamento dúplice preexistente, consistente na possibilidade de o Estado agir como agente privado ao exercer atividades privadas<sup>309</sup>. A parcela que completa o cenário diz respeito à prestação de serviços públicos. A doutrina, contudo, já visualizava a plena possibilidade de prestação de serviços públicos por meio de entidades de direito privado<sup>310</sup>.

A Constituição de 1967 tratava o monopólio, de um lado, em seu art. 157, §8º, como uma competência (ato de monopolizar) e, de outro, como atividades previamente qualificadas como monopólios, como era o caso das jazidas e minas previstas no art. 162. Paralelamente, o art. 163, § 3º, dispunha sobre a possibilidade de empresas públicas explorarem atividades monopolizadas, definindo-se, a partir disso, o regime jurídico-tributário da entidade<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Art 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º. Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. § 2º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações. § 3º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

<sup>309</sup> O Decreto-Lei nº 200/1967, com as alterações sofridas pelo Decreto-Lei nº 900/69, ao qualificar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, aduzia que se tratava de entidades voltadas à exploração de atividade econômica, conforme arts. 5º, II e III. Dessa maneira, o escopo das aludidas entidades, partindo-se do texto constitucional, era restrito à intervenção do Estado no domínio econômico. No ponto, cumpre referir que, na redação original, as entidades mencionadas voltavam-se à execução de atividades de natureza mercantil, o que acentuava a sua inserção no contexto da intervenção estatal.

<sup>310</sup> Não obstante, doutrinariamente, considerava-se a finalidade de tais entidades mais ampla do que o verificado apenas pela leitura do texto constitucional, porquanto poderiam funcionar tanto no âmbito da intervenção estatal no domínio econômico, quanto no da atuação por meio da prestação de serviços públicos de cunho econômico. Com base nisso, fazia-se a distinção entre, de um lado, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos e, de outro, as emprestas estatais prestadoras de atividades privadas. A rigor, as críticas à literalidade da legislação em tela estavam radicadas em fatores teleológicos e práticos. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto às sociedades de economia mista, dizia que a interpretação literal faria com que ficassem sem definição jurídica as entidades que prestassem serviços públicos. Conclusão desta ordem, todavia, ainda que alinhada aos termos da legislação da Reforma Administrativa seria flagrantemente absurda, por várias razões. Inicialmente, seria notório que as sociedades de economia mista foram concebidas para prestar serviços públicos, como ação voltada a minimizar a utilização da técnica de delegação. Depois, na hipótese de vingar a interpretação literal, ter-se-ia que concluir que a legislação em análise está em desacordo com aquilo que se propôs, ou seja, sistematizar toda a Administração Pública Federal, abrangendo todos os seus instrumentos de ação, pois grande número das entidades tidas como sociedades de economia mista no plano federal são eminentemente prestadoras de serviços públicos, os quais, conforme o texto constitucional, devem ser prestados diretamente pelo Estado ou delegados à iniciativa privada. Por fim, o elemento de ordem prática está no fato de que certos serviços públicos eram prestados por meio de sociedades de economia mista, tais como: a Rede Ferroviária Federal, a Embratel e a Eletrobrás, que exerciam atividades previstas no art. 8º da Constituição. A construção argumentativa da crítica dirigida à definição de empresa pública é basicamente a mesma, citando os correios (art. 8º, XII) como exemplo de serviço público prestado por tal espécie de entidade. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 87 – 146.

<sup>311</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello aduzia que as atividades prestadas em regime de monopólio por empresas estatais não se constituíam em serviços públicos, mas sim em serviços governamentais, isto é, atividades executadas pelo Estado sem a incidência do regime jurídico de direito administrativo. Esses serviços estariam

Por fim, do mesmo modo como a Constituição precedente, a atividade de educação foi atribuída ao Estado, no seu art. 168, sendo a sua prestação livre à iniciativa privada<sup>312</sup>. A atividade, embora qualificável como uma competência material de cunho prestacional sem natureza econômica, não possuía disposições constitucionais específicas no que concerne à sua definição como serviço público, estando inserida, em termos de direito positivo, na concepção ampla do sentido material<sup>313</sup>.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a formação dos conceitos de monopólio, serviços públicos, serviços de utilidade pública e serviços decorrentes do uso de bem público, seguiram um caminho linear, sem grandes rompimentos. Desse modo, não houve mudanças conceituais bruscas, sendo toda a construção constitucional gradativa.

Nesse sentido, é válido mencionar que nas referidas Constituições sempre foram exigidos para a instituição de monopólio os dois requisitos previstos na Constituição de 1934

sujeitos às regras de direito privado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 23 – 24. A rigor, a leitura do texto constitucional conduzia ao entendimento de que as atividades monopolizadas eram necessariamente privadas, na medida em que o dispositivo que tratava da competência para monopolizar mencionava atividades desenvolvidas no domínio privado e, ao lado disso, os demais dispositivos aduziam que a intervenção do Estado no domínio econômico se daria por meio do direito privado. Essa interpretação, contudo, não poderia ser aplicada às atividades que já estavam reservadas constitucionalmente ao Estado, uma vez que a ação estatal nesses setores não consistia em intervenção, e sim em atuação decorrente do vínculo orgânico. Tratava-se, assim, de competências materiais do Estado, podendo se submeter o exercício das atividades correspondentes ao regime de serviço público ou ao de direito privado, na forma prevista no texto da Constituição. A propósito, veja a redação do art. 157, §8º: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”. Esse dispositivo possui redação bastante aproximada ao art. 146 da Constituição de 1946 no que concerne à intervenção no domínio econômico, porquanto, embora deixando claro que se trata de mecanismos distintos, trata dos monopólios ao lado da intervenção. Dessa maneira, sendo ou não algo distinto da intervenção por meio de entidades de direito privado, o monopólio consistia em uma modalidade interventiva, podendo o resultado do exercício da competência ser considerado uma atividade privada do Estado (ou atividade econômica em sentido estrito). RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 424 – 426.

<sup>312</sup> Art 168. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. § 1º. O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos. § 2º. Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

<sup>313</sup> A doutrina, contudo, visualizava nessa atividade um serviço público, assim como em outras que não eram qualificadas como tal, no âmbito do texto constitucional. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello entendia que as atividades de educação e saúde, por exemplo, eram serviços públicos não privativos, na medida em que eram previstos como deveres do Estado (a segunda apenas em hipóteses específicas, como no caso dos direitos dos trabalhadores, conforme art. 158, XV), ao mesmo tempo em que a atuação da iniciativa privada não exigia título de delegação. Essa categoria de serviços só seria qualificada como serviço público quando prestada pelo Estado, pois quando oferecida por particulares seriam serviços privados. Cumpre mencionar que os serviços públicos privativos seriam aqueles em que a atuação dos particulares exige a existência de um ato de delegação. No ponto, quanto aos serviços públicos denominados privativos, o autor criticava a previsão de “autorização”, considerando-a uma imprecisão técnica do constituinte. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 21 – 22.

(ainda que nesta existissem limites específicos em relação à prática do ato de monopolizar). Tais requisitos consistiam na existência de lei e na presença do elemento material (que variava de acordo com o texto constitucional em que se inseria).

No ponto, sobressai, em termos de monopólio, o fato de que o interesse supraindividual, justificador da monopolização de determinada atividade ou indústria, apresentou algumas variações ao longo do tempo. Nesse sentido, o elemento material para a monopolização já foi “interesse público” (Constituições 1934 e 1946), “motivo de segurança nacional” e “necessidade de organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (Constituição de 1967)<sup>314</sup>.

Na mesma linha, verifica-se, como marca características de nossa tradição constitucional, a ausência de um conceito material de serviço público nos textos das Constituições brasileiras, sendo a expressão utilizada basicamente em dois sentidos, a saber: o orgânico e o material. O sentido material, no evoluir histórico, foi dimensionado em acepções definidas de acordo com as atividades que abarcam. Tais acepções são concebidas como círculos concêntricos, estando o mais restrito inserido no mais amplo. A noção de serviço público explicou, também, o exercício de atividades decorrentes do uso de bens públicos.

Ainda ao longo das Constituições analisadas, o conceito de serviço de utilidade pública, embora presente, implícita ou explicitamente, não possuía equivalência exata ao desenvolvido no âmbito da tradição norte-americana. Essa noção, ao conviver com a ideia de serviço público, produziu uma série de dificuldades conceituais. De todo modo, em certos momentos, serviço público e serviço de utilidade pública foram tratados como sinônimos, ou como gênero e espécie. Tais categorias, em determinadas oportunidades, produziram intensos debates sobre a classificação de atividades de competência pública, permeando as discussões atinentes à ação (atuação e intervenção) do Estado no domínio econômico<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 89 – 90. O mesmo autor refere que “estas duas condições (necessidade coletiva e lei), que deviam se fazer presentes para a regularidade jurídica da monopolização, passaram, na Constituição de 1988, a ser exigidas para a mera atuação estatal paralela àquela privada (art. 173), alterando-se, novamente, a expressão da necessidade coletiva: ‘imperativo de segurança nacional’ ou ‘relevante interesse coletivo’. Estes pontos reforçam a ideia defendida no texto de que não é o elemento material que define o monopólio (ainda mais se se pretende em oposição ao serviço público) e sugere ainda que muito varia o que se entende por ação estatal mais incisiva na economia, condicionada por exigências substancialmente semelhantes. Até 1967(69), tal atuação forte era a monopolização; em 1988, a ação estatal paralela do art. 173”.

<sup>315</sup> Conferir: PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2. ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. O autor trata serviços públicos e serviços de utilidade públicos como sinônimos. ver, ainda: BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 33 – 51, 1947. p. 35 – 37. O autor demonstra os intensos debates ocorridos por conta da existência simultânea das duas categorias no âmbito do direito brasileiro, advertindo que a combinação dos sistemas citados poderia gerar mais problemas do que soluções. BRAGA,

### **3.2 A recepção pela Constituição de 1988 do debate histórico precedente: análise acerca da inserção no atual texto constitucional dos conceitos desenvolvidos nas Constituições anteriores e das noções oriundas da França e dos Estados Unidos da América**

Nesse ponto do estudo, pretende-se verificar a recepção pela Constituição de 1988 de todo o debate precedente, tanto o desenvolvido nas tradições que serviram de inspiração para o ordenamento jurídico brasileiro quanto o elaborado nacionalmente ao longo de nossa trajetória histórico-constitucional. Essa análise tem como escopo principal evidenciar os fundamentos do serviço público brasileiro, bem como introduzir a discussão acerca da definição e da aplicação do instituto.

Para tanto, entende-se que é imprescindível observar dois pontos. De início, é preciso verificar a recepção constitucional dos preceitos oriundos das tradições que serviram de fontes de inspiração para o nosso ordenamento jurídico. Depois, é necessário colimar a forma como todo o debate construído sobre o tema – e outros institutos correlatos – à luz das Constituições precedentes foi inserido no texto da CRFB/88.

A Constituição de 1988 contém várias referências à expressão “serviço público”, a qual, tal como acontecia nas Constituições anteriores, aparece com sentidos bastante diversos em entre si. A rigor, esses sentidos relacionam-se em grande parte com os já constantes nos textos constitucionais anteriores. O mesmo vale para os temas correlatos à referida noção.

Assim, embora teoricamente o surgimento de uma nova Constituição corresponda à ruptura com o sistema anterior, no Brasil, quanto ao tema em análise, pode-se falar em uma espécie de genética (ou tradição) constitucional<sup>316</sup>. Corroborando essa afirmação, o texto constitucional, seguindo a tradição, não define o que é serviço público, nem indica, salvo referências esparsas e assistemáticas, um rol de atividades que são qualificadas como tal.

Apesar da incoerência de ruptura, a Constituição de 1988 trouxe consigo uma série de inovações em relação ao que até então existia. Essas inovações consistem, sem representar o abandono do que já havia sido produzido em termos dogmáticos, em modificações de conteúdo e funcionamento do conceito de serviço público e de seus correlatos, a partir dos sentidos conferidos à expressão no âmbito do texto constitucional. O enfrentamento desses

---

Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 8, p. 18 – 44, 1947. p. 32.

<sup>316</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. t. 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2182 – 2183.

sentidos atribuídos à expressão “serviço público” será feito no item seguinte deste capítulo, estudando-se, por enquanto, apenas os demais pontos referidos.

Na atual Constituição, os debates relativos aos conceitos de serviço público e serviço de utilidade pública, bem como os de monopólio, exercício de atividades decorrentes do uso de bem público e outros que gravitam em torno do tema, já estão mais bem sedimentados e sistematizados. Isso não significa que inexistam divergências doutrinárias, mas apenas que tais divergências deixam de corresponder aos aspectos conceituais de fundamento e definição geral – ainda que existam exceções<sup>317</sup> –, centrando-se na aplicação (classificações, ou dimensionamento dos sentidos em que a expressão é utilizada, e enquadramento de atividades à definição) e na função, ponto ainda pouco debatido<sup>318</sup>.

Basicamente, sabe-se que a ideia de serviço público remete ao direito francês, ao passo em que a noção de serviço de utilidade pública é oriunda do direito norte-americano. Nessa esteira, tem-se ciência de que os serviços públicos possuem vínculo orgânico com o Estado, que é titular da atividade, enquanto que os serviços de utilidade pública são tarefas privadas reguladas em uma proporção maior em relação às atividades econômicas em geral.

---

<sup>317</sup> Em termos de exceções, em primeiro lugar, teríamos, por exemplo, aqueles que se referem a “serviço público” e “serviço de utilidade pública”, ora indistintamente, ora como se o primeiro fosse espécie do segundo. É o caso de: JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. **Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas**. São Paulo: Edgar Blücher, 1996. A confusão realizada, contudo, é terminológica, porquanto da leitura de sua obra infere-se que os autores conhecem plenamente os conceitos em comento, analisando-os a partir de suas fontes corretas, mas os enquadrando de maneira diversa da aqui proposta, sobretudo por tratar como serviço de utilidade pública no Brasil as atividades de titularidade do Estado. Confusão da mesma natureza pode ser vista em: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 312. A confusão terminológica aparece quando o autor busca distinguir atividades administrativas do Estado (isto é: aquelas voltadas para si) das de cunho prestacional (ou seja, aquelas voltadas aos indivíduos da sociedade). No âmbito dessa distinção, serviço de utilidade pública é espécie do gênero serviço público. Em segundo lugar, ainda em termos de exemplos, poderíamos citar os autores que tratam como serviço público as atividades relativas ao exercício do uso de bem público. É o caso de: TÁCITO, Caio. Regime de portos. Terminal privativo. Permissão. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. Conferir, também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 269 – 295, jan./mar., 2003. Em terceiro lugar, embora se pudesse dizer que é uma questão mais próxima à aplicação da definição, estariam os autores que tratam todas as competências materiais de natureza prestacional do Estado como serviços públicos, como é o caso de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 704 – 706. O último tópico será abordado ao longo deste estudo, elucidando a questão a partir da apresentação de seus fundamentos.

<sup>318</sup> A rigor, o que tratamos neste estudo como função do conceito de serviço público, é tratado, em uma abordagem um pouco diferente, como critério formal-normativo, conforme se verá no terceiro capítulo. No ponto, cumpre antecipar que, em linhas gerais, o critério formal-normativo consiste no dimensionamento das competências atribuídas ao Estado. Esse dimensionamento recebe o nome de redução teleológica. Já a função do conceito tem relação com o procedimento de atribuição do regime jurídico de serviço público (sentido formal) às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. Assim, a função do conceito diz respeito à qualificação das aludidas competências materiais em serviço público em sentido material na acepção estrita.



Em tais aspectos é que se localizam as sedimentações doutrinárias em termos de fundamento e definição geral. No ponto, cumpre recordar que, ao longo das constituições precedentes, a noção de serviço de utilidade pública não tinha exata correlação com o seu conceito originário oriundo da tradição norte-americana. Já a noção de serviço público, nas constituições republicanas, sempre foi composta pelos três critérios da definição clássica, em todas as acepções do sentido material, aproximando-se da definição francesa.

A Constituição de 1988 não menciona serviços de utilidade pública. No entanto, o texto constitucional contém referências que sugerem a recepção dessa noção, nos moldes das Constituições precedentes. Por conseguinte, serviços de utilidade pública são atividades de titularidade do Estado submetidas ao regime jurídico de direito privado, as quais a iniciativa privada tem acesso por meio de autorização. Ressalte-se que, como se verá, também se percebe a recepção do conceito em tela na feição concebida em sua tradição de origem.

A atual Constituição recepcionou, de maneira mais evidente, os três critérios clássicos de conceituação de serviço público, seguindo a tradição francesa. Apesar dessa recepção, não há um conceito material de serviço público no texto constitucional, nem muito menos um rol preestabelecido de atividades que sejam serviços públicos, salvo indicações esparsas. Por conta disso, importa observar a presença no texto constitucional dos critérios orgânico (ou subjetivo), material (ou objetivo) e formal<sup>319</sup>.

O critério orgânico (ou subjetivo) foi recepcionado, por força do artigo 175, *caput*, da CRFB/88, cuja redação atribui expressamente ao Estado a prestação dos serviços públicos. O critério formal consta no mesmo dispositivo, sendo identificado na expressão “*na forma da lei*”, bem como nas linhas gerais dispostas nos incisos que compõem tal artigo. O critério formal possui uma dupla dimensão no cenário brasileiro, sendo classificado como critério formal-funcional e formal-normativo.

O critério formal-funcional diz respeito ao regime jurídico correspondente às atividades classificadas como serviços públicos. Trata-se de um dos critérios de identificação dos serviços públicos. Tal regime jurídico, que sofre influência dos direitos fundamentais, é formado pelas disposições constitucionais atinentes aos serviços públicos, bem como pelo marco regulatório setorial correspondente. O critério formal-normativo é relativo ao dimensionamento das competências materiais atribuídas ao Estado, ou seja, refere-se à

---

<sup>319</sup> Vale referir que no ordenamento jurídico francês os serviços públicos são uma questão de legalidade, já que a Constituição desse país nada refere acerca do tema, ao passo que no Brasil, na própria Constituição dá-se a identificação dos serviços públicos. Para tanto, conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. L. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2189 – 2191.

definição de quais as atividades compõem a competência material descrita pela Constituição<sup>320</sup>.

Já o critério material (ou objetivo) é identificado diretamente em ao menos dois pontos. Inicialmente, pelo fato de que se constitui em finalidade de toda a ação administrativa o atingimento do interesse público<sup>321</sup>, não sendo diferente com a prestação de serviços públicos. Depois, na análise do artigo 30, V, da Constituição, que menciona o interesse local como critério de identificação dos serviços públicos de competência municipal<sup>322</sup>.

Ademais, indiretamente, tal critério estaria presente na interpretação *a contrario sensu* do art. 173, *caput*, da CRFB/88<sup>323</sup>. Ora, se a intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de prestação de atividades privadas, impõe a presença de interesse público, com mais razão a qualificação de uma atividade como serviço público exige esse traço material<sup>324</sup>.

<sup>320</sup> A dupla dimensão do critério formal tem estrita relação com o princípio da legalidade, que norteia a ação da Administração Pública. Esse princípio possui duas faces, quais sejam: a reserva legal e a supremacia da lei. Sobre essa dupla face, conferir: MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Buenos Aires: De Palma, 1949. p. 95 – 98. A segunda face do mencionado princípio teve seu conceito e conteúdo ampliados, passando a referir-se à supremacia da lei e do direito. Isso aconteceu com o advento do constitucionalismo contemporâneo, após a segunda guerra mundial. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 34-38 e capítulo IV (p. 125 – 194). Com isso, o princípio da legalidade passou a ter como nomenclatura mais adequada a de princípio da juridicidade. Conferir, MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935. p. 132 e seguintes. Vale ressaltar que essa ampliação do princípio da legalidade afetou somente a face da primazia da lei, à qual foi acoplada a referência ao direito como um todo. Assim, pode-se dizer que o Estado deve agir de acordo com a lei e o direito. Isso significa dizer que a referida ampliação projetou-se sobre o aspecto do controle dos atos do Estado, ou seja, uma conduta poderá ser ilegítima tanto por afrontar a lei, quanto por afrontar princípio decorrente do ordenamento jurídico. A outra face do mesmo princípio (a reserva legal) não foi atingida. Dessa forma, o Estado, no exercício da função administrativa, ainda tem sua atuação restrita às competências expressamente atribuídas. Lógico que a fonte de atribuição pode ser o texto constitucional e/ou a lei. Nesse sentido, o regime jurídico dos serviços públicos e a especificação das atividades que pertencem à competência atribuída ao Estado devem constar, obrigatoriamente, na lei e/ou na Constituição. O mesmo vale para a instituição de serviços públicos.

<sup>321</sup> MAFFINI, Rafael. **Elementos de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 34.

<sup>322</sup> Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. No que tange aos serviços públicos estaduais a doutrina aduzirá que a definição deles perpassa pela identificação do conceito de interesse regional. Por todos, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>323</sup> 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.

<sup>324</sup> Neste sentido é a lição de Itiberê Rodrigues, para quem: “trata-se inclusive de interpretação via argumento *a fortiori* em relação aos pressupostos gerais do art. 173 da Constituição de 1988 para exploração estatal de atividade econômica: se não pode ser explorada, pelo Estado, atividade que não seja ‘necessária aos imperativos da segurança nacional’ ou que não diga respeito a ‘relevante interesse coletivo’, então com maior razão não poderia existir serviço público que não fosse de interesse público” (Grifos no original). RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. L. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2190.

Nesse sentido, os três critérios clássicos desenvolvidos na tradição francesa foram recepcionados pela Constituição de 1988, estando presentes em seu texto no arranjo voltado ao tratamento dos serviços públicos. Cumpre reiterar a impossibilidade de adoção isolada de qualquer um deles para definição do instituto, uma vez que seus âmbitos de abrangência refletem apenas parcialmente a realidade abarcada pelo conceito de serviço público<sup>325</sup>.

Essa afirmação é particularmente importante diante da ausência, no texto constitucional, de um conceito material de serviço público, no qual estejam presentes, em conjunto, os aludidos critérios em uma fórmula. A rigor, a doutrina pátria utiliza na enunciação da noção de serviço público os três critérios aludidos. Isso é feito ao delimitar o tema a uma determinada acepção do sentido material e diferenciá-la de outras “figuras afins”. Nas ocasiões, é conferida maior importância a um ou a outro dos critérios, sem, contudo, considerar todos os aspectos dispostos constitucionalmente sobre o tema<sup>326</sup>.

Além da crítica direcionada à utilização isolada dos mencionados critérios, o próprio conceito francês de serviço público merece algumas considerações com a finalidade de demonstrar a sua não aplicabilidade perfeita ao cenário brasileiro. De um lado, porque, como visto ao longo deste estudo, a formação do conceito pátrio de serviço público sofreu a influência de outras tradições, obtendo com isso uma série de características próprias. De outro, porque a classificação inerente à definição de serviço público francês não é plenamente coincidente com a disposta na Constituição de 1988.

Por enquanto, contudo, vale abordar, com especial ênfase, a não equivalência entre a ideia de serviços públicos constitucionais. Na França, os serviços públicos, conceituados a partir dos três critérios clássicos, são classificados em dois grandes grupos: os administrativos e os industriais e comerciais. A primeira categoria é composta pelos serviços públicos sociais e constitucionais. Essa classificação é resultante da aplicação do conceito de serviço público

---

<sup>325</sup> Essa afirmação já consta ao longo do texto, mas, de qualquer forma, cumpre reforçá-la por meio de algumas considerações sobre cada um dos critérios. O critério material está presente em uma série de atividades que não são (nem eram) serviços públicos. As características inerentes a este critério estão presentes em atividades que não são de competência do Estado (produção e comercialização de medicamentos, por exemplo) e em atividades que, embora exercidas pelo Estado, não se constituem em prestação propriamente dita (como é o caso da estruturação de atividades relativas ao próprio aparelho estatal, ou mesmo da realização de pesquisas científicas e do fomento) ou, quando se constituem em prestação, são de natureza privada (como, por exemplo, os serviços bancários). De outro lado, como se verá, o critério formal-funcional (regime jurídico de serviço público) pressupõe para a sua aplicação a presença dos outros dois. Quanto ao critério orgânico, pode-se dizer que nem todas as atividades a cargo do Estado ou por ele prestadas são serviços públicos, notadamente quando exerce suas competências a partir do regime jurídico de direito privado.

<sup>326</sup> Nesse sentido, dentre outros, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Ver, também: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. Aliás, consoante se viu no primeiro capítulo, a doutrina francesa adotava procedimento semelhante, utilizando conjuntamente os critérios e atribuindo destaque a um, ou mais, deles, conforme a concepção do autor.

às atividades de competência do Estado, que, por possuírem diferenças entre si, são enquadradas em diversas categorias.

Os serviços públicos constitucionais têm sua utilidade para o cenário brasileiro limitada ao fato de que, aqui, a Constituição de 1988 atribui ao Estado um conjunto de competências materiais. A partir daí, de modo semelhante ao que acontece na França, é necessário separar as atividades em indelegáveis (que só podem ser prestados pelo Estado) e delegáveis (que podem ser prestados por particulares)<sup>327</sup>.

Apesar disso, a importação direta dessa classificação dos serviços públicos contém uma série de inconvenientes, os quais inutilizam o procedimento de justaposição conceitual. Inicialmente, pode-se dizer que, no Brasil, os serviços públicos, em seus aspectos centrais de definição e aplicação, já são tratados na Constituição.

Logo, inexistente a ideia de “serviço público não constitucional (ou infraconstitucional)”, embora seja possível que a legislação infraconstitucional atribua o regime jurídico de serviço público a determinadas competências materiais do Estado. Ocorre que nesses casos as linhas gerais do regime jurídico e as próprias competências sobre as quais será aplicado estão dispostas na CRFB/88. Aliás, esse procedimento que será denominado de função do conceito.

Depois, a Constituição brasileira trata de forma muito díspar a expressão “serviço público”, porquanto as categorias classificatórias do aludido conceito estão dispostas no seu texto, manifestando-se por meio dos sentidos em que a noção é utilizada. Dessa maneira, em se adotando uma concepção de serviço público constitucional, se estaria tratando de uma concepção muito ampla, que abarcaria, praticamente, todas as atividades do Estado.

Ademais, salvo algumas disposições expressas (por exemplo, transporte público e saúde), a CRFB/88 não apresenta um rol predefinido de serviços públicos. Além disso, o texto constitucional não considera, expressamente, como serviço público, atividades que são inerentes à soberania. O único dispositivo (art. 175) que trata de um regime jurídico de serviço público não elenca um rol de atividades que possam ser consideradas como tal.

Paralelamente, vale recordar que a noção brasileira de serviço de utilidade pública não correspondeu, ao longo dos textos constitucionais, à noção desenvolvida na tradição norte-americana. O principal elemento diferenciador foi o critério orgânico, dado que nos Estados Unidos as atividades de utilidade pública são privadas e sujeitas a forte regulação estatal. Já

---

<sup>327</sup> CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 55 – 56. Cumpre ressaltar que, mesmo nesse caso, não há identidade entre as concepções. Isso porque, na França, a delegabilidade, ou não, dos serviços públicos constitucionais se refere ao fenômeno tratado, aqui, como serviços públicos compartilhados ou sociais.

aqui, as atividades possuíam vínculo orgânico com Estado, constituindo-se em competência públicas.

Do mesmo modo, como visto ao longo deste estudo, a noção de serviço de utilidade pública foi utilizada como forma de manifestação dos serviços públicos, como, por exemplo, para tratar de serviços públicos delegáveis, ou, ainda, para explicar a previsão da autorização como instrumentos por meio do qual o Estado poderia explorar determinadas atividades de sua competência. No primeiro caso, afastando-se completamente da concepção utilizada em sua tradição de origem. No segundo, aproximando-se parcialmente.

Essa circunstância, em certa medida, altera-se com a Constituição de 1988, uma vez que o texto constitucional utiliza a expressão “serviço de relevância pública” (bastante aproximada em termos de nomenclatura à ideia de “atividade de utilidade pública”) para tratar de realidade equivalente à concepção original de *public utility*. Trata-se das atividades de saúde dispostas no art. 197 da CRFB/88, cujos traços específicos serão apresentados no próximo item ao lado da noção de serviço público de saúde. Por enquanto, diga-se que se refere a serviço privado sobre o qual, em vários aspectos, incide forte regulação estatal<sup>328</sup>.

Também foram recepcionados pela Constituição de 1988 os conceitos que, ao longo da evolução constitucional brasileira, relacionaram-se à noção em foco. Assim, a noção de serviço público decorrente do uso de bem público, fenômeno no qual se inserem as atividades exercidas a partir da ideia de propriedade destacada, bem como a concepção de monopólio e de atividade privada do Estado são institutos que constam no texto constitucional.

As disposições atinentes a tais temas carregam consigo forte carga histórica, decorrente da tensão gerada pelos debates produzidos ao longo das sucessivas constituições brasileiras. Por isso, a correta compreensão das aludidas noções exige a análise dos elementos que formam o contexto em que surgiram e se desenvolveram, com a finalidade de entender os seus respectivos domínios normativos.

---

<sup>328</sup> Nesse sentido, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 139 – 140. Ver, ainda: MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º. 2, maio./jun./jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO MODESTO.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014. p. 07. O autor, em uma abordagem diversa da que conduz o presente estudo, qualifica como serviços de relevância pública as atividades de cunho social do Estado (saúde, educação, cultura, desporto entre outros). Vale mencionar que, para o autor em tela, as esferas de atuação do Estado e da sociedade são repartidas entre os serviços públicos, as atividades econômicas e os serviços de relevância pública. Embora as premissas sejam diversas, nossa conclusão é semelhante a do referido autor no que concerne à qualificação dos serviços de saúde como de relevância pública, aproximando-se do conceito em sua tradição de origem.

As atividades decorrentes de uso de bem público (como, por exemplo, os serviços portuários), bem como às relativas à ideia de propriedade destacada (cuja origem, em termos constitucionais, é a Constituição de 1934, em seus artigos art. 5º, XIX, “e”, art. 91, alínea 1, “h”, e art. 118, tendo sido mantida nas demais constituições), estão presentes na Constituição de 1988. Tais atividades ainda são tratadas como serviços públicos, do mesmo modo como acontecia à luz das Constituições precedentes<sup>329</sup>.

Cumprir referir que a utilização de tais bens pelos particulares está condicionada à existência de concessão ou autorização do Estado, que nos casos previstos na Constituição está personalizado na figura da União. Esses títulos são para o uso de bem público e, portanto, não deveriam se confundir com os destinados à delegação de serviços públicos (concessão, permissão e autorização, esta última especificamente relacionada às atividades de titularidade da União) ou a atividades que sofram regulação de polícia administrativa (autorização para atuar em determinado setor)<sup>330</sup>.

O regime de propriedade destacada na Constituição de 1988 abrange recursos minerais e o aproveitamento de potenciais hidráulicos para fins de produção de energia (art. 176<sup>331</sup>),

<sup>329</sup> Nesse particular, no que tange ao tratamento do exercício das atividades decorrentes do uso do bem público destacado como serviço público, tem-se as afirmações de Paulo Alberto Pasqualini, nos comentários de atualização da obra de Rui Cirne Lima. O Autor assevera que “a Constituição Federal, por conseguinte, em seu art. 176, §1º, considerou a questão do interesse nacional em matéria de jazidas, de recursos minerais e de potenciais de energia hidráulica, cuja concessão somente poderá ser feita a brasileiros ou a empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País. Por conseguinte, em parte, está atendida a primeira garantia dos serviços públicos, formulada já há longes tempos, em edições anteriores deste livro, do patriotismo dos agentes”. LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 212 – 213.

<sup>330</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr., 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016. p. 39 – 40. A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que “cumprir, outrossim, não confundir concessão de serviço público e concessão de uso de bem público, com o fito de explorá-lo. Só se tem concessão de serviço público – e o próprio nome do instituto já o diz – quando o objetivo do ato for o de ensejar uma exploração de atividade a ser prestada universalmente ao público em geral. Pode ocorrer que, para tanto, o concessionário ancilarmente necessite usar de um bem público (como, por exemplo, quando instala canalizações ou postes no subsolo e nas vias públicas, respectivamente), mas o objeto da concessão é o serviço a ser prestado. Diversamente, a concessão de uso pressupõe um bem público cuja utilização ou exploração não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas, pelo contrário, ensejar um uso do próprio bem ou da exploração que este comporte (como sucede com os potenciais de energia hidroelétrica) para que o próprio concessionário se sacie com o produto extraído em seu proveito ou para que o comercialize limitadamente com alguns interessados”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 726 – 727. Cumprir ressaltar, que esse autor entende que a exploração dos portos é serviço público, entendimento do qual se discorda, a partir das já expostas lições de Itiberê Rodrigues.

<sup>331</sup> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos

por exemplo<sup>332</sup>. Em nenhum desses casos se aplica um regime jurídico de serviços públicos, o que incide é um regime legal específico que a União Federal dá para o uso privativo de bens públicos<sup>333</sup>, o que reforça a tese de que está equivocado o entendimento que aborda o tema sob a perspectiva dos serviços públicos.

Ao tratar de monopólios, a Carta de 1988 não dispôs sobre uma competência para monopolizar. Esse arranjo normativo sugere que os monopólios estão todos previstos na Constituição, sendo a sua instituição possível apenas por meio de emenda constitucional<sup>334</sup>. Observe-se que, apesar da atribuição das tarefas ao Estado, inexistente a menção ao regime jurídico aplicável ao seu exercício. As atividades que se constituem em monopólio estão previstas no art. 21, XXIII, e no art. 177 e seus incisos.

---

minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995).

<sup>332</sup> Existem outros bens que se enquadram na noção de propriedade destacada, tais como as cavidades naturais subterrâneas (grutas, cavernas etc.), que são objeto de proteção específica seja em função de seu potencial valor científico e paisagístico (estalactites, estalagmites etc.) e os sítios arqueológicos e pré-históricos (ex. fósseis, sambaquis etc.), em função de constituírem patrimônio tanto de valor histórico-cultural quanto histórico-científico (art. 20, X c/c art. 216, V, da CRFB/88). Esses bens e as atividades deles decorrentes não apresentam conexão com a ideia de serviço público, razão pela qual não se constituem em elementos de análise para o presente estudo.

<sup>333</sup> São exemplos, o art. 43 e seguintes da Lei 9.478/97, o art. 8, V, da mesma lei, e o art. 2º do Decreto-Lei 227/1967 (Código de Mineração). Todos tratando de títulos jurídicos para o uso privativo de bem público (isto é, os minérios e riquezas minerais, na superfície do solo ou no subsolo). Sobre o tema, conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016. p. 40 – 41. Em uma perspectiva histórica, o mesmo autor assevera que: “o regime de ‘propriedade destacada’ teve seu início quando o regime de propriedade sobre certos bens sites no solo e no subsolo da terra não mais se confunde com o direito de propriedade do próprio solo e/ou subsolo. Trata-se de um princípio já existente no direito romano, datando da época do Império: minas e jazidas não pertenciam ao proprietário da terra, e sim ao Estado romano (na pessoa de seu imperador) – expressão-chave: ‘regalia’ ou ‘direitos reais’ do Imperador. As Ordenações Portuguesas (e que vigoraram no Brasil Colônia) recepcionaram esse modelo do direito romano imperial, e consagravam como ‘direito real’ da Coroa Portuguesa a propriedade sobre ‘veeiros e minas de ouro ou prata ou qualquer outro metal’ (cf. Livro II, Título XXXVI). No Brasil Império, a Constituição de 1824 consagrou um direito de propriedade ‘pleno’, e com isso afirmou-se doutrinariamente num primeiro momento que o regime de propriedade destacada das Ordenações não havia sido recepcionado pela Constituição, e que portanto a propriedade das minas e riquezas minerais pertencia ao proprietário do solo. Mas em 22.10.1866 foi baixado pelo Poder Executivo imperial o Aviso nº 461, por meio do qual foi declarado como ainda vigente o vetusto princípio colonial da propriedade destacada. O art. 73, §§ 16 e 17 da Constituição republicana de 1891 por sua vez reconheceu expressamente a propriedade de minas e riquezas minerais ao proprietário do solo. Assim, no início da República havia duas possibilidades: (i.) as minas e riquezas estavam em terras públicas, e com isso eram de propriedade do Estado (por exemplo: minas situadas em terras devolutas); ou (ii.) as minas e riquezas estavam em terras particulares, e pertenciam ao particular proprietário da terra. Desde a Constituição de 1934 foi (re)instituído, todavia, por força do art. 118, o regime romano/colonial de ‘propriedade destacada’ em relação (i.) aos recursos minerais (águas minerais, inclusive) e (ii.) aos potenciais de energia hidráulica, o qual se mantém constitucionalmente até hoje”.

<sup>334</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 33.

O assunto será retomado no próximo capítulo, oportunidade em que se enfrentará o domínio normativo dos citados dispositivos. Contudo, vale observar que o arranjo normativo que dispõe sobre o tema é diverso daquele que constava na Constituição de 1946, o qual foi reflexo das Constituições de 1934 e 1937 e que se projetou sobre a de 1967. Isso porque a regulação constante na referida Constituição foi cindida no âmbito da atual Lei Maior.

Essa nova formatação, somada a ausência de indicação do regime jurídico correspondente ao exercício de tais competências públicas, impede a inferência de que os monopólios são atividades econômicas em sentido estrito de competência do Estado. Em outros termos, não permite uma aproximação direta e imediata entre o rol de atividades previstas no art. 177 e art. 21, XXIII ao regime jurídico disposto no art. 173 (que trata sobre intervenção do Estado no domínio econômico), todos da Constituição.

### **3.3 A noção conceitual de serviço público na Constituição de 1988 e a sua classificação**

A classificação de serviço público é um tema bastante conturbado na doutrina e na jurisprudência. As classificações propostas nesses âmbitos variam de acordo com o autor e com o julgado em que apareça a questão, respectivamente. A exposição dessas divergências e o diálogo com elas não constitui o objeto deste trabalho, de modo que somente serão realizados ocasionalmente e como forma de esclarecimento da linha aqui adotada.

Neste ponto, pretende-se realizar uma leitura direcionada da Constituição de 1988, demonstrando em quais sentidos a expressão “serviço público” aparece em seu texto. O procedimento é o mesmo realizado nos itens precedentes, sendo os resultados bastante parecidos. As distinções estão consubstanciadas nos novos dimensionamentos constantes no texto constitucional, bem como na inserção de um novo sentido conferido ao termo em análise. A identificação dos sentidos em que “serviço público” é utilizado pela Constituição de 1988 completa o cenário correspondente à recepção dos fundamentos do conceito.

Partindo de tal identificação será possível buscar elementos que permitam compreender a definição de serviço público, de modo a situar o ponto no qual estão inseridos os debates acerca do conceito em tela. Na Constituição, como visto anteriormente, apesar da recepção dos critérios clássicos de definição, inexistem, na linha de nossa tradição constitucional, um conceito material de “serviço público”. Em seu texto, a expressão é utilizada em três sentidos, quais sejam: (1º) o orgânico, (2º) o material e o (3º) formal<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> Cumpre reiterar, com o escopo de não se gerar nenhuma espécie de confusão, que, ao menos para os fins a que este trabalho se destina, são diferentes as noções de “critério”, “sentido” e “conceito” relacionadas à



No sentido orgânico, a expressão “serviço público” se refere ao setor público ou, ainda, aos órgãos e entidades que compõem o Estado ou a Administração Pública<sup>336</sup>. Nessa conotação, “serviço público” não se refere a uma atividade prestada pelo Estado, mas sim ao próprio Estado. É o que acontece, por exemplo, no art. 37, XIII<sup>337</sup>.

Nessa perspectiva, a expressão equivale aos órgãos e entidades do Estado, e não a uma atividade. Logo, o sentido orgânico não colabora em nada para a identificação de quais são (ou podem ser) os serviços públicos e quais as consequências de se considerar uma tarefa como tal. Trata-se apenas com um mecanismo linguístico pelo qual a Constituição se refere ao próprio Estado.

No sentido material, a expressão “serviço público” se refere às atividades atribuídas ao Estado, ou seja, às suas competências materiais, sendo dimensionado de acordo com as tarefas a que se refere. É no interior desse sentido de serviço público que, do ponto de vista do direito constitucional, se formam as acepções ampla e restrita<sup>338</sup>. Essas acepções, como já mencionado, podem ser visualizadas como círculos concêntricos.

noção de serviço público. Assim, “critério” é o instrumento a partir do qual se procura definir o que é serviço público, sendo, portanto, um dos elementos que compõe o conceito do instituto em questão. Fala-se, então de critério orgânico, material e formal, como sendo aqueles oriundos da construção francesa. Por sua vez, “sentido” equivale à referência feita pela expressão quando utilizada em determinado momento. Já “conceito” é fórmula por meio da qual se exprime a referência a determinado fenômeno. Nesse contexto, por exemplo, quando se menciona “critério material” está-se referindo à parcela do conceito clássico de serviço público, que é composto, ainda, pelos critérios orgânico e formal. Por outro lado, quando se diz que inexistente na Constituição um “conceito material” de serviço público, está-se a afirmar que no texto constitucional não consta uma fórmula por meio da qual se exprime determinado fenômeno, ou seja, a Constituição não diz o que é serviço público, de modo a tal definição aplicar-se sobre determinadas atividades. Por fim, quando se alude à “sentido material”, o que se está dizendo é que, em determinada situação, o texto constitucional utilizou a expressão “serviço público” como equivalente a competências materiais – ou administrativas – do Estado, isto é, a atividades do Estado. Cumpre reiterar, ainda, que, neste estudo, “noção” e “conceito” são sinônimos.

<sup>336</sup> Na mesma linha do que se afirmou ao tratar da distinção entre sentido material e critério material, é preciso não confundir critério orgânico (que consiste em um dos elementos que compõem o conceito clássico de serviço público) e sentido orgânico (referência feita pela expressão quando utilizada em determinado contexto. No caso, referindo-se o termo ao próprio Estado).

<sup>337</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

<sup>338</sup> Esses dimensionamentos do sentido material variam de autor para autor. Alguns, por exemplo, dimensionam o sentido material em amplíssimo (equivalendo a todas as atividades de competência do Estado ou da Administração Pública), amplo (abarcando as atividades administrativas prestacionais do Estado) e restrito (também denominada de concepção técnica, referindo-se, basicamente, às atividades delegáveis e passíveis de submissão ao art. 175). CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123 - 126. Outros inserem, ao lado dessas, a acepção restritíssima, redefinindo, em parte, as demais acepções. É a forma como pensa, com uma sistematização um pouco diferente da aqui apresentada, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138 - 143. Para esse autor, a acepção amplíssima abarca todas as atividades de competência da Administração Pública, incluindo as internas ao funcionamento dos Poderes do Estado, e o sentido orgânico, ao referir-se ao próprio Estado; a acepção ampla conteria as atividades prestacionais do Estado (serviços públicos econômicos, sociais e os *uti universi*),

Na acepção ampla, “serviço público” equivale a todas as atividades do Estado, ou da Administração Pública. Nessa esteira, têm-se, por exemplo, os artigos 20, IV, 21, XIV, 37, § 6º, 39, § 7º e art. 61, § 1º, II, “b”, da Constituição da República<sup>339</sup>. A partir daí serviço público abarcaria todas as ações do Poder Público, incluindo às que fossem exercidas como expressão de soberania, tanto as voltadas para si, isto é, exercidas internamente (organização dos próprios Poderes), quanto às direcionadas à sociedade, ou seja, exercidas externamente (ex.: segurança pública)<sup>340</sup>.

O sentido material de serviço público na acepção ampla abarca atividades do Estado que são bastante diferentes entre si. A rigor, as competências contidas nessa acepção nem sequer possuem traços característicos que as aproximem. É no âmbito dessa acepção que se insere a classificação dos serviços públicos em delegáveis e indelegáveis, pois somente nesse dimensionamento que as atividades de soberania são tratadas como serviço público<sup>341</sup>.

Nessa perspectiva, é irrelevante que a competência seja material (que nada tem a ver com o critério material, como visto acima) e de cunho prestacional. Com isso, afasta-se de um conceito básico de “serviço”, pois, ao mesmo tempo em que abarca atividades prestacionais,

---

excluindo-se, nesse concepção, as atividades de polícia e de fomento, por exemplo; a acepção restrita trataria apenas dos serviços públicos econômicos e sociais, excluindo-se, desta vez, os *uti universi*; por fim, a acepção restritíssima aludiria somente aos serviços públicos específicos e divisíveis, remuneráveis por taxa ou tarifa, e de titularidade do Estado, excluindo, agora, os serviços públicos sociais. Os dois autores mencionados divergem sobre a questão dos serviços *uti singuli* e *uti universi*, ponto sobre o qual se tratará a seguir.

<sup>339</sup> Art. 20. São bens da União: [...] IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; Art. 21. Compete à União: [...] XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; Art. 39. [...] § 7º. Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade. Art. 61. [...] § 1º. São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II – disponham sobre: [...] b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios.

<sup>340</sup> Conferir, CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311 – 312.

<sup>341</sup> Por todos, conferir: AGULLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 53 – 54. Paralelamente, ver: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 148 – 152. As classificações, radicada na acepção ampla de serviço público, apresentadas pela autora são descritas a partir dos seguintes critérios: quanto ao objeto, com base no que os serviços públicos podem ser administrativos (voltados para a própria administração), comerciais ou industriais (destinados a atender às necessidades coletivas na ordem econômica) e sociais (dirigidos ao cumprimento dos preceitos da ordem social, sem serem exclusivos do Estado); quanto à maneira que concorrem para a satisfação dos interesse gerais, podendo ser *uti universi* (cuja prestação atende usuários de forma individual e direta) ou *uti singuli* (cuja prestação atende usuários indiretamente); quanto à origem, dividindo-se em obrigatórios (congenitos ou originários), que devem ser da competência do Estado, e facultativos (derivados ou adquiridos), que poderiam não ser da competência do Estado; e, por fim, quanto à exclusividade, dividindo-os em exclusivos e não-exclusivo.

de incentivo e de fiscalização, refere-se à regulamentação, que é atividade normativa da Administração Pública<sup>342</sup>.

Embora na acepção ampla do sentido material existam poucas divergências conceituais (salvo as que consideram inútil à abordagem do tema esse sentido dimensionado dessa forma), dois aspectos merecem destaque. O primeiro corresponde à inserção da categoria dos serviços *uti universi* apenas nessa acepção do sentido material. O segundo se refere a um caso de aplicação direta da expressão dimensionada da forma em questão.

Geralmente, os serviços *uti universi* são afastados do conceito de serviço público, ou relegados à acepção amplíssima, mantendo-se como serviço público, em acepções mais restritas dos conceitos, apenas os serviços *uti singuli*<sup>343</sup>. Contudo, considerando a linha adotada neste trabalho, verifica-se que a leitura do texto constitucional não permite concluir que a classificação citada se relaciona com a definição ou com o dimensionamento do conceito de serviço público. A rigor, trata-se de uma classificação paralela existente estritamente para fins tributários (art. 145, II, da Constituição). Dessa maneira, tanto na acepção ampla quanto na restrita do sentido material de serviço público podem haver atividades classificadas como *uti singuli* e *uti universi*<sup>344</sup>.

Outro ponto diz respeito à responsabilidade civil do Estado. No dispositivo constitucional que trata do tema de maneira geral (art. 37, § 6º<sup>345</sup>), lê-se a expressão “serviço público”. Tradicionalmente, essa expressão é inserida no sentido estrito<sup>346</sup>. No entanto, parece-nos mais adequado tratá-la como menção à acepção ampla do sentido material. Ao tratar a expressão em tela na acepção mencionada, alcança-se, e esse parece ser o intuito da norma, a atual classificação das empresas estatais, ou seja, entidades que exercem atividades que não são, nem podem ser, qualificadas como serviço público em sentido estrito<sup>347</sup>.

<sup>342</sup> A propósito, sobre as espécies de atividades administrativas, conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 685 – 687.

<sup>343</sup> Por todos, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 162 – 167; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 687; SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 80.

<sup>344</sup> Como exemplo de serviço público em sentido estrito qualificado como *uti universi*, poder-se-ia citar a atividade de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 223 da Constituição). Por outro lado, como exemplo de serviço público em sentido amplo qualificado como *uti singuli*, poder-se-ia citar as atividades do Estado remuneradas por taxa (ou emolumentos), como seria o caso dos serviços de expedição de certidões em geral, as quais somente são consideradas serviços públicos em uma acepção ampla do sentido material.

<sup>345</sup> “Art. 37. [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>346</sup> Por todos, ver CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125.

<sup>347</sup> Cumpre ressaltar que, atualmente, as empresas estatais, de acordo com as atividades que prestam, são qualificadas em três grupos, a saber: (a) as que prestam serviços públicos em sentido estrito (atuação no

É no sentido material da acepção restrita de serviços públicos que aparecem os principais debates, doutrinários<sup>348</sup> e jurisprudenciais<sup>349</sup>, acerca da classificação e do regime jurídico do instituto, sobretudo pelo dimensionamento conferido ao tema com a atual Constituição. Nessa acepção restrita surgem propostas classificatórias como a dos serviços públicos sociais e econômicos, ou dos serviços públicos compartilhados e exclusivos<sup>350</sup>.

Paralelamente, ainda recebendo pouca atenção doutrinária, há o sentido formal de serviço público, que, a rigor, é tratado como parcela da realidade da acepção material. Essa relação se explica pela vinculação direta deste sentido à determinada faceta da acepção restrita do sentido material, conforme se verá adiante.

Na acepção restrita, considerando a perspectiva adotada neste estudo, a noção de serviço público incide sobre atividades prestacionais do Estado que, sendo exclusivas, sofram

---

domínio econômico com base no art. 175), (b) as que prestam atividades econômicas em sentido estrito (intervenção no domínio econômico com base no art. 173) ou em regime predominantemente privado (atuação com base no art. 173, conforme se desenvolverá ao longo deste estudo) e (c) as que prestam outras atividades de competência do Estado (serviços públicos em sentido amplo, como seria o caso, em Porto Alegre, da Empresa Pública de Transporte e Circulação). Sobre o tema, conferir: SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 64 – 96. Assim, em se considerando a expressão “serviço público” na acepção ampla, abarca-se as empresas estatais mencionadas nos itens “a” e “c”. Já as empresas estatais inseridas no grupo “b”, por força da redação do artigo 37, § 6º combinada com o art. 173, § 1º, I, da CRFB 1988, que prestem atividades econômicas, seja em regime de intervenção (atividade econômica em sentido estrito), seja em regime de atuação (por meio da atribuição do regime jurídico previsto no art. 173 às atividades econômicas de competência do Estado) não estão sujeitas à responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, o qual se aplica apenas às pessoas jurídicas de direito público, às pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviço público em sentido amplo e às concessionárias de serviço público. Sobre o tema, ver, ainda: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 368 – 370.

<sup>348</sup> Nessa acepção, em que se situam os serviços públicos sociais, surgem concepções doutrinárias afirmando que as atividades qualificadas como tal são serviços públicos quando prestadas pelo Estado, sendo, pelo contrário, atividades privadas quando prestadas por agentes privados. Por todos, conferir: SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 83.

<sup>349</sup> Por todos, sobre a análise das linhas gerais do tema “serviço público” na jurisprudência do STF, conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. **Fundamentos constitucionais dos serviços públicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: **Direito sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008. p. 2290 – 2302. Além disso, cumpre observar o raciocínio desenvolvido pelos Min. Carlos Ayres Britto e Min. Luiz Fux em seus respectivos votos na ADI 1923. O primeiro, que era o relator, considerava que saúde e educação eram serviços públicos quando prestadas pelo Estado e serviços de utilidade pública quando prestadas por particulares, submetendo-se a um marco regulatório mais rígido. De todo modo, a ação privada nesses setores seria complementar, sem substituir a ação pública. O segundo, que foi o relator para o acórdão, divergiu apenas no que concerne à obrigatoriedade da participação do Estado, separando, expressamente, em seu voto, os serviços públicos em sociais e em econômicos. Já na ADI 1266, cujo relator foi o Min. Eros Grau, o STF entendeu que, independentemente da pessoa que presta a atividade, educação é serviço público. O cotejo desses dois julgados demonstra a divergência jurisprudencial sobre o tema.

<sup>350</sup> É a classificação adotada por Alexandre Santos de Aragão, que coloca na acepção restrita os serviços sociais (compartidos) e os econômicos (exclusivos). ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151 – 157 e p. 173 – 180. O autor, portanto, não trata dos serviços públicos sociais exatamente da mesma forma como trataremos aqui, porquanto, ao expressar que serviço de saúde é serviço compartilhado (e, portanto, livre à iniciativa privada), não observa a dicotomia constitucionalmente existente nesse setor, afirmando que há serviço público e atividade privada, simultaneamente, nessa seara, a partir da identificação do agente que a presta.

o tratamento constitucional específico. Essa acepção é composta por duas variantes de naturezas diversas, a saber: o serviço público econômico, sobre o qual incide o disposto no art. 175<sup>351</sup>, e o serviço público social, regrado por disposições especificamente delineadas para si, como é o caso do art. 198<sup>352</sup>.

Nos serviços públicos exclusivos, definidores da acepção restrita do sentido material, a ação dos particulares configura-se como intervenção. Essa intervenção é condicionada à existência de título de delegação (concessão, permissão ou, em alguns casos, autorização<sup>353</sup>) e ao respeito aos regramentos constitucionais norteadores do exercício da atividade.

Já no sentido formal, a expressão “serviço público” é mencionada como equivalente a um regime jurídico atribuível às competências materiais de cunho prestacional e de natureza econômica do Estado. A expressão aparece com essa conotação na leitura da primeira parte do art. 173 combinada com o art. 175 da Constituição de 1988<sup>354</sup>. A identificação da espécie de competência à qual o regime jurídico é atribuível decorre da própria leitura da Constituição<sup>355</sup>.

A primeira parte do art. 173 e o art. 175 mencionam, respectivamente, “atividade” e “prestação dos serviços”, referindo-se a competências materiais (e não legislativas) de cunho prestacional (e não internas, ou instrumentais ao exercício de atividades do próprio Estado, isto é, voltadas para o próprio Poder Público). Ambos os dispositivos estão inseridos no capítulo da “ordem econômica”, indicando que regulam atividades de natureza econômica. Daí o porquê de o sentido formal de serviço público incidir apenas sobre competências materiais de cunho prestacional e de natureza econômica do Estado<sup>356</sup>.

<sup>351</sup> É essa a acepção encontrada, dentre outros, nos arts. 30, V, 37, § 6º, art. 54, I, “a”, 202, § 5º, da CRFB/1988.

<sup>352</sup> É o que acontece nos arts. 34, VII, “e”, 35, III, 167, IV, e 198, *caput* e § 2º.

<sup>353</sup> Ainda sem entrar na polêmica acerca da possibilidade, ou não, de delegação de serviços públicos por meio de autorização. Esse tema será enfrentado no capítulo seguinte.

<sup>354</sup> Reiterando a distinção já apontada, o sentido formal é diferente do critério formal. Isso porque no sentido formal “serviço público” equivale ao próprio regime jurídico atribuível a determinadas competências do Estado, enquanto que o critério formal é um elemento que compõe o conceito de serviço público, de modo que uma atividade para ser qualificada como serviço público deve se submeter a um regime jurídico especial, devendo, também, ser de titularidade do Estado (critério orgânico) e atender ao interesse público (critério material). Em termos teóricos, pode se dizer que o sentido formal correspondente ao pensamento de Bernard Chenot, ao passo em que o critério formal remete aos estudos de Gaston Jèze.

<sup>355</sup> O procedimento é semelhante ao que acontecia nas Constituições precedentes para a identificação dos serviços públicos econômicos. Isso significa dizer que a aproximação se dá por meio de interpretação sistemática que vincule competências materiais do Estado ao regime jurídico disposto na ordem econômica da Constituição de 1988. O elo está na identificação da natureza econômica das atividades, o que acontece por meio de indícios como a possibilidade de cobrança de taxa (ou tarifa), de delegação e de exploração por meio de entidade estruturada em modelo comercial.

<sup>356</sup> Floriano de Azevedo Marques Neto faz uma interessante associação entre as atividades estatais e a noção econômica de externalidade negativa: “toda atividade econômica gera em si externalidades, sejam ou não serviços públicos. A especificidade ambiental está aí para demonstrá-lo e não se cogita a estatização de toda a economia (algo de resto inconstitucional). Porém, no meu entender, há sim situações em que a atividade

Logo, estão afastadas da possibilidade de atribuição do aludido regime jurídico, às competências materiais que, ao serem atribuídas ao Estado, não possuem nem possam possuir natureza econômica, por proibição constitucional<sup>357</sup>. Por esse motivo, por exemplo, as atividades de saúde e ensino não podem se submeter ao disposto no art. 175 da CRFB/88. Tais atividades quando prestadas pelo Estado, diversamente do que acontece quando exercidas por direito próprio pela iniciativa privada, não possuem natureza econômica.

Segundo a doutrina e a jurisprudência dominantes, as atividades de saúde e educação (juntamente com outras pertencentes à esfera social) seriam serviços compartilhados, ou serviços públicos não exclusivos<sup>358</sup>. Nesse âmbito, a ação dos particulares se daria por meio de atuação, já que se trata de ação em esfera própria, inexistindo a necessidade de título de delegação. De qualquer forma, o Estado poderia exigir que os particulares atendessem requisitos legais relacionadas ao exercício das atividades inseridas na classificação.

Ocorre que, da leitura do texto constitucional, conclui-se, claramente, pela inexistência de serviço público compartilhado, ou não exclusivo (exclusividade em termos de titularidade). Nenhuma das atividades consideradas serviço público pela Constituição é livre à iniciativa privada, pertencendo a tal esfera.

Nos casos em que a Constituição de 1988 não reserva com exclusividade ao Estado determinadas atividades de cunho social, os particulares atuam por direito próprio. Nessas hipóteses, está-se diante de uma atividade material obrigatória ao Estado, mas não

---

considerada serviço público acarreta tais externalidades e que isso interdita que ela seja explorada com fins econômicos sob pena de desnaturar-se. É o que ocorre na jurisdição ou na polícia ostensiva. Daí entender eu que quando a atividade de competência estatal reunir externalidades positivas e negativas extremas, ela poderá ser excluída do campo das relações econômicas e, por consequência, não poderá ser delegada à iniciativa privada, pois não poderá ser considerada atividade econômica em sentido amplo” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: **Direito Público – estudos em homenagem ao professor Dalmo Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 333. Essa perspectiva contribui para a explicação do fenômeno incidente sobre os serviços públicos sociais (bem como sobre outras atividades prestacionais do Estado). As externalidades positivas e negativas que lhes são inerentes justificam a configuração de seu regime jurídico básico, ou seja, titularidade compartilhada entre o Estado e os particulares, de modo a estar impossibilitada de ser gerida por qualquer um deles de forma isolada, ainda que por motivos distintos. De um lado, não se pode permitir que tais serviços pertençam exclusivamente ao mercado, pois isso impactaria no livre acesso (universalização) a tais atividades, condicionantes da dignidade da pessoa humana. De outro lado, não se poderia permitir que tais serviços pertencessem exclusivamente ao Estado, pois isso traria outras tantas consequências deletérias. No exemplo da educação, prejudicaria, em primeiro lugar, no nível mais básico, a pluralidade de pensamento (existiria apenas uma fonte de produção dos currículos) e, em nível mais elevado, a própria democracia pela ausência de difusão do pensamento; em segundo lugar, também afetaria a universalização ao ensino, porquanto seriam reduzidas substancialmente o número de vagas totais disponíveis, mormente no âmbito universitário.

<sup>357</sup> O próprio texto constitucional faz algumas ressalvas específicas quanto aos temas que compõem esse grupo de atividades. É o caso do art. 242 que excepciona instituições educacionais oficiais preexistentes à Constituição do disposto no art. 206, IV (gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais).

<sup>358</sup> A propósito ver: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108. Ver, ainda: ADI 1007, de relatoria do Min. Eros Grau.

considerada expressamente como serviço público. Tem-se como exemplo o ensino, que, em mais de uma oportunidade, é explicitamente afastado da noção de serviço público, salvo em uma acepção ampla. A propósito, vejam-se os artigos. 34, VII, “e”, 35, III, da Constituição<sup>359</sup>.

Por outro lado, nos casos em que há a qualificação das atividades de natureza social como serviço público incide a consequente exclusividade. Nessas hipóteses, o texto constitucional indica o regime jurídico aplicável. Esse regime jurídico é bastante diverso do incidente sobre os serviços públicos de cunho econômico.

Os dois grandes exemplos de competência material de cunho prestacional e natureza social são a saúde e o ensino (ao lado de outros como previdência e assistência sociais), sendo crescente, tanto do ponto de vista histórico quanto do jurídico, a participação do Estado nesses setores, bem como a importância atribuída a eles pelas Constituições. Atualmente, o texto constitucional, em seu título VIII, traz as balizas centrais sobre os serviços citados<sup>360</sup>.

A saúde, componente da seguridade social ao lado da previdência e da assistência sociais, é tratada pela Constituição em duas perspectivas, estando inserida tanto na tradição norte-americana, quanto na francesa. Isso porque no art. 197 consta, expressamente, que a atividade em questão é um serviço de relevância pública, ao passo em que no art. 198 há explícita qualificação da atividade como serviço público<sup>361</sup>.

Os termos, aqui, não são sinônimos, representando realidades distintas. Ao que se depreende da análise histórica realizada no item precedente, isso acontece pela primeira vez

---

<sup>359</sup> “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: [...] VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: [...] e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...] III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. Em ambos os dispositivos, saúde é tratada, expressamente, como serviço público, ao contrário da atividade de ensino.

<sup>360</sup> Especificamente sobre o ensino, vale observar a crítica de Rosah Russomano, à luz da Constituição de 1967 (em texto atualizado até à EC 24/1983), no sentido de que o texto constitucional, então vigente, incidia no mesmo equívoco em que os que o precederam, qual seja: o de tratar do ensino apenas como direito objetivo. Segundo a autora, essa circunstância estava presente na Constituição de 1934, que era estritamente programática, e nas de 1937 e 1946. Isso significava que o Estado não era obrigado a oferecer serviços educacionais, pela ausência de direito subjetivo e da previsão de sanção pelo não oferecimento da atividade. Ainda na linha de raciocínio da autora “se, pelo contrário, o direito à educação houvesse sido concebido como direito subjetivo (em aspecto positivo), seria acionável contra o Poder Público. A letra constitucional ganharia em prestígio. E propiciar-se-iam reais oportunidades aos brasileiros, o que significa, por extensão, reais oportunidades ao nosso país, que deve visualizar, precisamente na educação, o embasamento mais seguro à sua definitiva afirmação”. RUSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984. p. 444.

<sup>361</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...].

no direito positivo constitucional. Os serviços de saúde qualificados como de relevância pública são privados e fortemente regulados pelo Estado. O serviço público de saúde é uma competência material do Estado, de cunho prestacional e sem natureza econômica.

Essa competência material, contudo, possui um acréscimo em termos de obrigação prestacional, porquanto é expressamente tratada como um dever do Estado e um direito de todos<sup>362</sup>. Ao lado disso, as disposições constitucionais incidentes sobre o serviço público de saúde formam um regime jurídico próprio, que, conforme dito acima, a afasta do sentido formal de serviço público, que é disposto estritamente em termos econômicos<sup>363</sup>.

O regime jurídico do serviço público de saúde, em linhas gerais, é delineado a partir de um conjunto de fatores constantes na Constituição. Inicialmente, tem-se a obrigatoriedade de prestação pelo Estado, por meio da Administração Pública direta ou indireta<sup>364</sup>, inexistindo a possibilidade de delegação total da atividade à iniciativa privada<sup>365</sup>. Depois, pode-se citar a impossibilidade de exploração comercial da atividade pelo Estado, perceptível, por exemplo, na imposição de gratuidade na prestação dos serviços (como obrigação e não como política tarifária).

A participação privada no setor de saúde, a partir das informações acima, dá-se de duas formas, a saber: por atuação ou por intervenção. No primeiro caso, haverá a prestação de serviços de utilidade pública, com a consequente incidência da regulação estatal. No segundo caso, haverá a prestação de serviço público (exigindo-se contrato ou convênio para tanto) complementar à atuação estatal direta, a qual, por sua vez, ocorrerá por intermédio da Administração Pública direta ou indireta<sup>366</sup>. Assim, a leitura do art. 199 conduz à ilação de

<sup>362</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>363</sup> No âmbito desse mesmo regime jurídico consta, ainda, a obrigatoriedade da atuação do Estado e o carácter complementar da ação dos particulares. Esse arranjo normativo, aplicável aos serviços públicos de saúde e às atividades de educação, impede o domínio pleno da iniciativa privada nesses campos. Sobre o tema, conferir: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015. p. 55 – 57 e p. 108 – 110. Ver, também: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia pública – mito e realidade**. São Paulo: Memória jurídica, 2005.

<sup>364</sup> A escolha da forma como o Estado prestará as atividades de saúde deve ser feita pelo legislador ordinário. Essa escolha já foi realizada, conforme se verifica pela leitura das disposições constantes na Lei 8.080/90. A propósito: “Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

<sup>365</sup> A impossibilidade de delegação total dos serviços de saúde integrantes do SUS consta no art. 199, § 1º, da CRFB/88: “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

<sup>366</sup> Em ambas as hipóteses, as entidades privadas podem ter ou não fins lucrativos. Esse elemento carrega consigo algumas consequências previstas constitucionalmente. Nesse sentido, as entidades sem fins lucrativos podem receber subvenções e recursos públicos (art. 199, § 2º), bem como têm preferência na



que o *caput* do artigo está se referindo ao art. 197 (serviço de utilidade pública), enquanto o § 1º está relacionado ao art. 198 (serviço público).

Por conseguinte, não estão corretas as afirmações de que os serviços públicos de saúde são compartilhados, não sendo exclusivos. A Constituição prevê dois regimes jurídicos diversos para tal atividade, quais sejam: o de serviço público (art. 198) e o de serviço de utilidade pública (art. 197), em que estão inseridas as atuações privada e a pública não pertencente ao SUS<sup>367</sup>. Somente no segundo regime jurídico é que a participação pública e privada acontece simultaneamente (ou seja, de forma compartilhada), mas, nesse caso, não se trata de serviço público, e sim de serviço de relevância pública.

O primeiro (serviço público) é exclusivo do Estado, de modo que os particulares necessitam, por força do disposto no art. 199, § 1º, da CRFB/88, de título que os habilite a agir nessa seara (contrato ou convênio). A ação privada é complementar à pública. O segundo (serviço de relevância pública) é pertencente tanto à iniciativa privada quanto ao Estado. Nessa hipótese, a iniciativa privada poderá explorar os serviços de relevância pública de saúde de modo comercial (visando à obtenção de lucros), ou não (não visando à obtenção de lucros). O Estado não está obrigado a agir nesse âmbito e sua ação está excluída do SUS.

O ensino, do mesmo modo como a saúde, é um dever do Estado, que deve prestá-lo gratuita e obrigatoriamente, na linha do que preceitua o art. 208, § 1º, da Constituição<sup>368</sup>. Trata-se, assim, de competência material do Estado – não qualificada expressamente como serviço público – a qual, simultaneamente, é livre à iniciativa privada, que precisa, de um lado, de autorização do Poder Público e, de outro, observar os vetores regulatórios dispostos na Constituição de 1988 (art. 209<sup>369</sup>).

Nessa atividade, o arranjo normativo-constitucional é sensivelmente diverso do relativo às atividades de saúde, pois a distinção entre serviço público e serviço de relevância pública não está expressa. Por isso, para fins de classificação, mantém-se a atividade como inserido no âmbito da acepção ampla do sentido material de serviço público.

---

contratação. Em termos de semelhança, nos dois casos é necessária a existência de contrato para prestação de serviços públicos de saúde, cujas atividades serão complementares à atuação pública (art. 199, § 1º).

<sup>367</sup> Nesse sentido, pode ser citado, como exemplo de serviço estatal de relevância pública, o caso dos serviços de saúde do exército, que são destinados aos militares. Essa atividade não se configura como serviço público – e, portanto, não é constitucionalmente obrigatória ao Estado –, na medida em que não integra o Sistema Único de Saúde. Tanto assim que a Lei 8.080/90, no art. 45, § 2º, permite, por meio de convênio, a integração entre os serviços de saúde das forças armadas e o SUS, desde que haja interesse recíproco.

<sup>368</sup> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º. O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

<sup>369</sup> Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

A classificação proposta neste estudo, a partir da leitura do texto constitucional, é, portanto, composta pela identificação de três sentidos em que a expressão serviço público aparece, quais sejam: (a) o orgânico, (b) o material e (c) o formal. O sentido material é dimensionado nas acepções (b.1) ampla e (b.2) restrita. A acepção restrita possui duas variantes, a saber: (b.1.1) serviço público econômico e (b.1.2) serviço público social.

Essa classificação é que forma a estrutura constitucional da definição de serviço público. Dessa maneira, toda e qualquer conceituação dogmática deve considerar esse conjunto de elementos, sob pena de chegar-se a resultados equivocados à luz das disposições constitucionais, em razão da observação parcial do tema<sup>370</sup>.

Nesse contexto, uma vez esclarecidas as peculiaridades da variante social da acepção restrita do sentido material de serviço público, torna-se preciso enfrentar especificamente a relação existente entre a outra variante da acepção restrita e o sentido formal de serviço público. No âmbito dessa vinculação é que se delineará a função que o conceito em questão exerce dentro do ordenamento jurídico. Por esse motivo, o último capítulo deste trabalho é destinado à observação das atividades materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado em cotejo com as disposições constantes na ordem econômica da Constituição.

### **3.4 Da suposta ocorrência de crises conceituais do serviço público no Brasil: análise a partir da Constituição de 1988**

Ao longo das Constituições precedentes, não se falava em crises conceituais do serviço público, salvo enfrentamentos esparsos e sob a vigência das Constituições mais

---

<sup>370</sup> Nesse sentido, SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27 – 29. Esse autor, depois de delimitar seu estudo sobre serviços públicos às atividades econômicas e delegáveis, partiu de três pressupostos, a saber: (a) o conceito de serviço público, embora transformado, permanece no direito brasileiro, em vista do disposto no art. 175 da Constituição; (b) inexistência de exclusividade estatal nas atividades consideradas serviços públicos (ou seja, inexistência de uma supressão necessária da livre iniciativa particular em razão da instituição de um serviço público); (c) os serviços públicos possuem um regime jurídico próprio, que não é único nem idêntico a todas as atividades. Com base nisso, ele afirma que nada na Constituição de 1988 determina qualquer forma de exclusividade na prestação dos serviços públicos. Segundo ele, tanto é assim que a Constituição de 1988, quando pretendeu conferir aos serviços públicos um regime de exclusividade, previu tal regime de forma absolutamente expressa, determinando não apenas a existência de um serviço público, como também o dever de prestação exclusiva. É o que se depreendia do regime existente com relação aos serviços de telecomunicações e gás natural pré-reformas constitucionais. Ocorre que a observação da estrutura constitucional dos serviços públicos de forma completa demonstra justamente o oposto. Isso porque quando a Constituição não pretendeu determinar um regime de exclusividade no âmbito das competências materiais do Estado, houve a previsão expressa da possibilidade de participação paralela da livre iniciativa. Essa circunstância só é perceptível pela observação dos serviços públicos sociais, mais especificamente o caso da saúde. Portanto, a não observação completa da estrutura constitucional sobre o tema conduz, potencialmente, a conclusões equivocadas. Ressalte-se que todo esse debate será aprofundado ao longo do texto.

próximas à atual (mais especificamente na de 1967)<sup>371</sup>. É difícil precisar os motivos pelos quais tal tema não constava nas abordagens doutrinárias, de um modo mais amplo, considerando que o assunto já era debatido na França, pelo menos desde a década de 1950<sup>372</sup>.

No primeiro capítulo, verificou-se que, na França, o conceito de serviço público passou por três crises, sendo que cada uma delas atingiu, predominantemente, um dos critérios conceituais do instituto, gerando a evolução do conceito como um todo (salvo no que concerne à suposta crise oriunda do direito comunitário). Observou-se, também, que cada crise foi iniciada por um determinado conjunto de fatores, principalmente de cunho socioeconômicos e políticos.

No Brasil, ocorreram (com exceção, obviamente, do processo de formação da comunidade europeia) fatos semelhantes às causas que geraram as mencionadas crises, sem, contudo, produzir os mesmos efeitos. Além disso, as principais causas produtoras das crises conceituais da noção clássica de serviço público (transição do modelo de Estado liberal para o de providência, guerras mundiais e o avanço da concepção neoliberal) se refletiram, em certa medida, no cenário brasileiro, ainda que – sobretudo em relação aos conflitos mundiais – em menor intensidade.

---

<sup>371</sup> Ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 160 – 170. Essa abordagem não se dava em relação à interseção do conceito e a realidade brasileira, ou seja, colimavam-se as crises conceituais do instituto com base nas causas ocorridas na França (ou, ainda, na Europa, de um modo geral). Aliás, o autor em questão assevera que é impossível uma definição não formal de serviço público. Em sua visão aduz que a crise do conceito de serviço público está vinculada à dissonância entre os critérios material e orgânico e o critério formal. Essa circunstância tornou impossível identificar um regime jurídico determinado seja pela aplicação de cada um dos dois primeiros elementos isoladamente, seja pela conjugação dos três que não mais se associam. A partir daí assevera que, na verdade, a noção de serviço público que está em crise é a metajurídica, ou seja, aquela que se relaciona com os elementos fáticos (critério orgânico e critério material). Isso porque esses elementos são variáveis, modificando-se na medida em que o direito adéqua-se à realidade social subjacente. Nesse aspecto a crise seria permanente, pois se modifica, com o passar do tempo, tanto as atividades que são de titularidade do Estado, quanto às que possuem interesse público. Essa mesma variabilidade não está presente no elemento formal, que corresponde ao conceito jurídico de serviço público. Sob tal perspectiva o instituto nunca esteve nem nunca poderá estar em crise, dado que, sendo um regime jurídico, será o que o legislador disser que é. Em outras palavras, existirá serviço público sempre que o legislador atribuir o regime jurídico de direito administrativo (critério formal) à determinada atividade. Atribuição que estará atrelada às circunstâncias econômico-sociais de cada época, mas sem que isso tenha efeito condicionante ao legislador. Assim, o autor em questão, atribui importância, para formação do conceito jurídico de serviço público, apenas ao elemento formal. No entanto, a Constituição de 1988, ao tratar do tema, atribui igual importância aos três elementos, ainda que a presença do elemento material possua peculiaridades em relação à noção clássica de serviço público como se verificará em momento oportuno neste trabalho. Depois, a aplicação do regime jurídico e da qualificação de determinada atividade como serviço público depende da presença dos outros dois elementos. Nesse sentido, no Brasil, abordar o tema sob a dupla perspectiva apontada (conceito jurídico e metajurídico) está equivocado, pois a noção de serviço público aqui é radicada na conjugação dos três elementos sem distinções. Logo, o conceito pátrio de serviço público, em linhas gerais, corresponde a uma atividade de titularidade do Estado (critério orgânico), prestada sob regime jurídico especial (critério formal), visando ao atendimento de um interesse público (critério material).

<sup>372</sup> Como visto no item 2.3 deste trabalho, na década de 50, principalmente nas obras de Jean-Louis de Corail (*La crise de la notion juridique de service public en Droit Administratif français*) e de Eisenmann (*Cours de droit administratif*), já se falava em crise do conceito de serviço público.

Contudo, o conceito de serviço público, no ordenamento jurídico pátrio, não passou pelas citadas crises<sup>373</sup>. Vários fatores contribuíram para essa imunização, dentre os quais dois se destacam. Primeiro, a ausência de uma consequência imediata e geral decorrente da qualificação de determinada atividade como serviço público, como era o caso da identificação da competência jurisdicional na França. Segundo, a utilização da noção de serviço público em, ao menos, dois sentidos (orgânico e material), sendo um deles dimensionado conforme as atividades abarcadas, que eram distintas entre si e sem um regime jurídico uniforme<sup>374</sup>.

Ainda no âmbito do primeiro fator, tem-se que a ausência da referida consequência imediata e geral reduzia sobremaneira a importância (no que tange estritamente ao aspecto em questão) do conceito de serviço público. O conceito de serviço público no ordenamento jurídico pátrio não necessitava ser fundamento do Estado ou do direito administrativo, consistindo em uma noção que se referia a determinadas atividades da Administração Pública (e, como visto, em certa acepção ao próprio Estado e sua atividade em geral).

Logo, as dificuldades inerentes à definição de serviço público, e a sua subsequente ampliação, não produziam reflexos sobre a totalidade da teoria do estado e do direito administrativo, embora fossem importantes para tais estudos. A relevância do conceito em questão estava centrada na compreensão das atividades de competência do Estado e no dimensionamento da esfera pública e privada.

No que tange ao segundo fator, como visto, não houve, em nenhum momento, um conceito material de serviço público positivado nos textos constitucionais. A expressão era utilizada em dois sentidos, sendo um deles dimensionado de acordo com as atividades que abarcava. Uma das acepções do sentido material continha as competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. Ademais, a noção de serviço público não se

---

<sup>373</sup> Apesar de a doutrina atual tratar do tema, verifica-se que a abordagem contempla, predominantemente, a realidade francesa. Tal circunstância é constatável em todas as referências nacionais constantes nesse estudo. Dentre essas referências, cumpre referir a abordagem proposta por Alexandre Santos de Aragão que busca analisar se tais crises conceituais produzem, ou não, efeitos na manutenção da noção de serviço público no ordenamento jurídico pátrio. A abordagem é feita sem maiores especificações quanto ao cotejo das crises conceituais e a realidade brasileira (mormente naqueles aspectos que são considerados os elementos deflagradores da ocorrência das crises em questão). ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 229 – 253.

<sup>374</sup> No mesmo sentido, embora sem afirmar que não ocorreram as crises conceituais sobre a noção brasileira de serviço público, vale conferir: CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 65. O autor refere que as crises incidentes sobre o conceito clássico de serviço público “não significam a inutilidade de uma noção jurídica que envolve a aplicação de regras mínimas exorbitantes do direito comum a certo número de tarefas. Essa conclusão pode ser mais claramente verificada no caso do Brasil tanto por não haver tentativa de utilização do instituto como critério de repartição de competências (já que não há contencioso administrativo como natureza jurisdicional), como por haver regras constitucionais sobre o tema, que reduzem bastante a liberdade hermenêutica”.

definia apenas por, ou como, um regime jurídico. Dessa maneira, fazia parte do conceito em tela um conjunto de atividades oriundas da esfera privada, sem regime jurídico uniforme.

Nesse contexto, nem a ampliação do conceito de serviço público, com o avanço sobre o domínio econômico, nem a subsequente retração e mistura de instrumentos de regime jurídico de direito público e de direito privado produziram efeitos graves na definição de serviço público e sua aplicação. Isso porque a definição de serviços públicos no ordenamento jurídico pátrio, construída a partir da recepção não exata dos institutos oriundos das tradições francesa e norte-americana, já estava, pela forma como foi delineada, preparada para tais eventos.

Os fundamentos remotos do conceito de serviço público no Brasil são as tradições francesa e norte-americana. A inserção das noções oriundas dessas tradições se deu, por uma série de fatores, de maneira não exata no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. Aqui, o conceito de serviço se define por um conjunto de sentidos em que a expressão é utilizada. A construção desses sentidos foi feita pela doutrina (à luz da Constituição de 1891), cujas proposições foram positivadas em sede constitucional (Carta de 1934).

As acepções atribuídas ao sentido material – no qual estão inseridos os elementos que compõem a noção francesa clássica de serviço público – dizem respeito ao âmbito de aplicação da definição do instituto. O dimensionamento dessas acepções, bem como as atividades abarcadas, foi se construindo pelas circunstâncias políticas, econômicas e sociais produzidas com o avanço histórico nacional.

Essas peculiaridades assumidas pelo conceito de serviço público, definido a partir de diversos sentidos e por diversas acepções, impediram os aludidos fatos geradores de crises conceituais de afetar a noção de serviço público. Cumpre ressaltar, no ponto, que as considerações doutrinárias direcionadas ao tema, em regra, não têm por base essa construção conceitual, mas sim a tentativa de enunciação de um conceito de serviço público diverso da complexidade presente na estrutura constitucional<sup>375</sup>. Em outras palavras, as críticas doutrinárias canalizam-se nos conceitos construídos na própria doutrina, e não na noção multifacetada presente no direito positivo constitucional<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> É nesse aspecto que, geralmente, aparecem correlacionados ao conceito de serviço público assuntos que o tocam apenas em uma de suas dimensões, ou se referem apenas a parcela de sua aplicação. Dentre tais temas, pode-se citar a ação regulatória do Estado por meio de agências reguladoras, ou mesmo a privatização de empresas estatais, e, também, a desestatização de certas atividades. Parte do problema está presente, ainda, nas confusões produzidas ao se tratar do tema à luz das tradições que o inspiraram.

<sup>376</sup> Por todos, ver: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 133 – 138. Nesse texto, ao abordar o sentido amplo e o restrito de serviço público, são tecidas críticas a conceitos doutrinários de serviços público, por serem ou amplos ou restritos demais. Em seguida (p.99), a autora propõe o seu conceito de serviço público como: “toda a atividade material que a lei atribui ao Estado

De qualquer forma, colimando o assunto apenas sob o enfoque da Constituição de 1988, conseguir-se-ia visualizar a ocorrência de eventos bastante semelhantes àqueles que produziram as crises conceituais na França. Tais eventos, como referido, não afetaram a estrutura básica do conceito de serviço público brasileiro, em nenhum de seus aspectos (definição, aplicação e função).

A Constituição de 1988, além de recepcionar toda a estrutura conceitual produzida ao longo de nossa história, ampliou e fortaleceu a concepção de serviço público em sentido material. Esse fenômeno aconteceu pela qualificação expressa de determinadas atividades como serviço público<sup>377</sup>, bem como pela ampliação do rol de competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado<sup>378</sup>.

A partir de 1995, essa opção constitucional passou por um conjunto de reformas<sup>379</sup> consubstanciadas na edição de emendas constitucionais, cujos conteúdos atingiram

para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. A rigor, nem a sua crítica, nem os conceitos criticados, estão lastreados na complexa estrutura constitucional destinada à conceituação do instituto. No que tange ao conceito enunciado pela autora, verifica-se que ele abarca apenas o sentido material de serviço público disposto na Constituição de 1988. Ademais, tal conceito é tão abstrato que pode tratar de qualquer atividade material delegável atribuída ao Estado, mesmo aquelas que podem não ser tratadas como serviço público, como é o caso dos monopólios que sejam exercidos por meio de regime jurídico de direito privado (art. 173 combinado com o art. 177, da Constituição). Depois, levado ao extremo, o mesmo conceito pode alcançar competências materiais do Estado, que, por opção legislativa, não sejam serviço público (ex.: eventual atividade constante no art. 21, XII, que o Estado, por meio de lei, aplique o regime jurídico previsto no art. 173 da Constituição).

<sup>377</sup> Como exemplo, pode-se citar o art. 30, V, da Constituição, cuja redação qualifica, expressamente, o transporte coletivo como serviço público. Do mesmo modo, poder-se-ia citar, antes da EC 8/95, os serviços de telecomunicações, também expressamente qualificados como serviços públicos.

<sup>378</sup> Como exemplo, poder-se-ia citar, em relação à Constituição de 1967, os serviços de transporte aquaviário previsto no art. 21, XII, “d”, da Constituição de 1988, que prevê, expressamente, a competência da União para explorar os serviços de transporte aquaviário. Na Constituição precedente, a atividade não estava prevista como competência material da União, a quem competia estritamente a exploração das vias de transporte entre os portos e não do transporte em si. De modo que, a primeira Constituição a prever a competência para o transporte aquaviário foi a de 1988. Conferir, SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 20. Outro exemplo seria a reserva da atividade de exploração dos portos à União, por meio do art. 21, XII, “f”, da Constituição de 1988, que não possui correspondente na Constituição de 1967. “Com isso sua competência se ‘fortifica’, passando a ser não apenas normativa (art. 22, X, Constituição de 1988), mas também material, i.e., de execução e uso. Destarte, não lhe é mais necessário, como antes, elencar e selecionar determinadas iniciativas no âmbito dos portos, por lei ordinária. É que a União Federal já está constitucionalmente legitimada a agir, direta e indiretamente, em abstrato, no setor de portos”. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016. p. 44.

<sup>379</sup> Para um aprofundamento dos motivos que ensejaram as referidas reformas, bem como dos fundamentos teóricos em que se embasavam os seus instrumentos, ver: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismo de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Ver, também: BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1955.

determinadas atividades qualificadas como monopólio e como serviço público<sup>380</sup>. Ao lado da edição de emendas constitucionais, foram adotadas outras medidas voltadas à redução do Estado, com foco na eficiência, por meio de desestatizações (privatizações, delegações e terceirizações)<sup>381</sup>.

Nesse cenário, verifica-se uma ampliação das atividades de competência do Estado, mormente as qualificadas como serviço público, seguida, em certa medida, de sua devolução à esfera privada<sup>382</sup>, a qual, por sua vez, demarca o surgimento de um modelo em que o Estado atua mais como regulador<sup>383</sup>. Vale referir que a reforma administrativa da década de 1990 foi nitidamente influenciada pelos modelos de *common law*<sup>384</sup>.

Nenhum desses momentos, contudo, atingiu a estrutura constitucional da noção de serviço público, limitando-se a redefinir as competências materiais de cunho prestacional e

<sup>380</sup> Assim, permitiu-se que o gás canalizado, que era monopolizado pelos estados-membros, fosse distribuído por concessionários particulares (EC 5/95, alterando o art. 25, § 2º). No mesmo sentido, foi objeto de reforma constitucional o regime monopolístico da pesquisa e lavra das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, bem como o seu refino, importação, exportação e transporte marítimo. No setor, a reforma consistiu em flexibilizar o monopólio existente, permitindo a contratação de particulares para o exercício das citadas atividades (EC 9/95, alterando o art. 177). Também, deixou-se de expressamente qualificar as atividades de telecomunicações como serviços públicos; além disso, as delegações de tais atividades não precisavam mais ocorrer apenas em favor de empresas sob o controle acionário estatal (EC 8/95, alterando o art. 21, XI e XII). Sobre o tema, conferir: AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22 – 23. Especificamente em relação às atividades de telecomunicação, apresentando a evolução normativa incidente sobre o setor no que concerne à sua privatização, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. **Telecomunicações: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21 – 31.

<sup>381</sup> Como exemplo, além da Lei 8.031/90 (Plano Nacional de Desestatização), tem-se as Leis nº 9.472/97 (dispõe sobre os serviços de telecomunicações e da instituição de um órgão regulador) e 9.491/97 (alterou procedimentos do PND e substituiu a Lei 8.031/90). Para aprofundar a análise do tema referente às medidas destinadas à redução do tamanho do Estado, ver: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 138 – 142 e p. 359 – 384.

<sup>382</sup> É plenamente possível identificar, como visto ao longo deste estudo, três fases distintas no que tange ao grau de intervenção do Estado no domínio econômico. Em um primeiro momento, entre a República Velha e o Estado Novo, há forte abstenção estatal. Depois, entre o Estado Novo e o início da década de 1990 (já com a instauração da Constituição de 1988), há forte intervenção produtiva do Poder Público, buscando o Estado de bem-estar da população por meio da assunção da obrigação, em diversos setores, de explorar determinadas atividades econômicas. Por fim, a partir da década de 1990, advém a tendência à privatização, buscando redimensionar o tamanho do Estado. Sobre o tema, conferir: SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21 – 35. Ver, ainda: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 40 – 74.

<sup>383</sup> A propósito, conferir: BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 – 311, jul./set. 2002.

<sup>384</sup> A presença de agências reguladoras, agências executivas e terceiro setor foram trazidos do modelo norte-americano; ao passo em que o princípio da eficiência é oriundo do modelo inglês. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015. p. 74. No mesmo sentido, PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez./2006/jan./2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 10 jan. 2016. p. 08.

natureza econômica do Estado, sobretudo na forma de exercício e em seus instrumentos. Assim, ampliaram-se as possibilidades de delegação de atividades de competência do Estado a agentes privados<sup>385</sup> e alterou-se a compreensão existente sobre as empresas estatais<sup>386</sup>.

As reformas do Estado não afetaram a estrutura constitucional do conceito de serviço público, que continua sendo definido pelos seus sentidos e acepções<sup>387</sup>. A alteração incide sobre a forma de exploração de determinadas atividades de competência do Estado, que passa a ser possível tanto diretamente, pelo próprio ente da federação titular da atividade, quanto indiretamente, por meio de delegação a agentes privados ou a empresas estatais de outros entes da federação. A partir daí, há o aumento dos mecanismos de regime de direito privado, destacando-se a possibilidade, dependendo da legislação setorial, de concorrência.

A retirada da qualificação como serviço público de determinadas competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado produziu outra consequência. Essa consequência consiste no realce ao que, neste estudo, se denomina de função da noção de serviço público, bem como do sentido formal do conceito. As razões disso serão expostas no próximo capítulo.

### 3.5 Síntese conclusiva do capítulo

Ao longo deste capítulo, buscou-se expor a forma como surgiu e se desenvolveu o conceito de serviço público no ordenamento jurídico pátrio. Nessa trilha, percebeu-se que o

---

<sup>385</sup> Como exemplo dessa circunstância, além das atividades de telecomunicações, têm-se o caso do gás canalizado. Antes da EC 5/95, competia aos Estados explorar diretamente, ou conceder a empresas estatais, com exclusividade de distribuição, os serviços locais de gás canalizado. A partir da referida alteração, tais atividades passaram a poder ser concedidas a empresas privadas, com ou sem exclusividade.

<sup>386</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 54 – 58. O autor aduz que a doutrina tradicional sempre apartou as empresas estatais (consideradas por ele como instrumentos de ação estatal em atividades fundamentais, mas que sempre foram aproximadas às atividades econômicas em razão de sua natureza jurídica de direito privado) em dois grupos, a saber: as que exploram atividades econômicas (regida pelo direito privado aproximado aos das empresas privadas) e as que prestam serviços públicos (regidas pelo direito público aproximado ao das autarquias). Essa concepção dualista, contudo, não se observa na prática. Primeiramente, porque muitas das entidades estatais exercem atividades típicas de Estado. Depois, porque, sobretudo após as reformas de 90, cada vez mais as empresas estatais prestadoras de serviços públicos têm seu regime jurídico aproximado ao das empresas privadas. Esse fenômeno decorre, de um lado, da inserção da concorrência entre empresas privadas e estatais em vários setores de competência do Estado e, de outro, do exercício, pelas empresas estatais que prestam serviços públicos, de atividades pertencentes ao domínio privado. O autor cita como exemplo disso, as circunstâncias ocorridas com o setor elétrico, a partir de 1990.

<sup>387</sup> Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato afirma que os movimentos de liberalização iniciados na década de 1990 não afetaram em nada a concepção de serviço público e a sua permanência no ordenamento jurídico pátrio, considerando que o art. 175 da Constituição de 1988 não impõe nenhuma espécie de exclusividade como elemento intrínseco aos serviços públicos, prevendo-o apenas como uma obrigação estatal. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 135 e seguintes. Discorda-se da assertiva de que os serviços públicos não impõem nenhuma forma de exclusividade, conforme se verá adiante.



Brasil se valeu de fontes bastante distintas entre si. No âmbito do tema em análise, essas fontes foram basicamente o direito norte-americano e o direito francês, com os correspondentes conceitos de serviço de utilidade pública e de serviço público.

A abordagem teve como fio condutor os textos das constituições brasileiras, dado que o tema há bastante tempo possui status constitucional. Aliás, esse é um dos traços distintivos entre o conceito pátrio e os dos países que serviram de inspiração. Os primeiros debates acerca dos serviços públicos e dos serviços de utilidade pública ocorreram à luz da Constituição de 1891. Parcela desses debates foi inserida na Constituição de 1934.

Os debates doutrinários produzidos sob a vigência da Constituição de 1891 demonstram a recepção, ainda incipiente, dos conceitos oriundos dos Estados Unidos e da França. A finalidade da importação de tais conceitos era explicar a atribuição de determinadas atividades ao Estado e o papel dele no domínio econômico.

Na ocasião, o problema ainda não era conceitual. Dessa maneira, as expressões utilizadas para se referir às atividades atribuídas e prestadas pelo Estado eram bastante diversificadas. Assim, utilizavam-se os termos serviço público, monopólio, serviço de utilidade pública, serviço público monopolizado. Os principais termos usados eram monopólio e serviço público, os quais chegavam a ser considerados sinônimos em certas situações.

Observando as abordagens doutrinárias, foi possível identificar um quadro classificatório produzido em tal período. Do ponto de vista do direito positivo, inexistiam grandes informações. Por conta disso, o preenchimento das categorias que formam a classificação não era tão claro.

Os monopólios possuíam três acepções, a saber: (a) a puramente econômica, (b) a jurídica fraca (serviço público delegável) e (c) a jurídica forte (serviço público econômico indelegável). Já em relação estritamente aos serviços públicos, percebeu-se a utilização da expressão em dois sentidos, quais sejam: (a) o orgânico e (b) o material. Esse segundo sentido era dimensionado em duas acepções: (b.1) a ampla (abarcando todas as atividades do Estado) e (b.2) a restrita (abarcando basicamente todas as atividades do Estado que não fossem relativas à soberania).

A Constituição de 1934 positivou grande parte do debate doutrinário preexistente, redimensionando a discussão relativa ao assunto. Em seu texto, mantiveram-se os sentidos básicos de serviço público, oferecendo, porém, um pouco mais de clareza quanto aos componentes das acepções do sentido material. Já a concepção de monopólio passou a ser tratada como um ato de competência estatal aplicável sobre atividades ou indústrias. Vale

mencionar que atividades decorrentes do uso de bens públicos também foram tratadas pela doutrina como serviços públicos.

Assim, serviço público era utilizado no sentido orgânico e material. O sentido material era dimensionado nas acepções ampla e restrita. A acepção restrita, agora, referia-se apenas as atividades de natureza econômica e cunho prestacional do Estado. A Constituição tratava expressamente de serviços públicos delegados e previa um conjunto de atividades passíveis de delegação. Então, a possibilidade de concessão de certas atividades do Estado, com a aplicação do regime jurídico correspondente, foi o elo entre determinadas competências materiais e a sua conceituação como serviço público de cunho econômico.

Ademais, a Constituição de 1934 realizou uma abordagem específica acerca da noção de serviço de utilidade pública. Contudo, essa noção não tinha o mesmo significado do conceito norte-americano. O principal traço distintivo era o vínculo orgânico com o Estado. Na verdade, serviço de utilidade pública e serviço público na Constituição de 1934, do ponto de vista do direito positivo, eram sinônimos. As atividades decorrentes do uso de bem público, por força da possibilidade de concessão, eram tratadas como serviços públicos.

As constituições subsequentes não se afastaram dessa estrutura classificatória produzida à luz da Constituição de 1934. A rigor, as constituições de 1937 a de 1967 mantiveram a utilização do conceito de serviço público nos sentidos orgânico e material, dimensionando o sentido material nas acepções ampla e restrita. A acepção ampla se referia a todas as atividades de competência do Estado, ao passo em que a acepção restrita correspondia apenas às atividades de cunho prestacional e natureza econômica.

Esses textos constitucionais deixaram de se referir a serviços de utilidade pública, o que não atenuou os debates doutrinários acerca do tema. Tais discussões exerceram influência nas abordagens jurisprudenciais sobre as competências matérias de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, bem como nas legislações correspondentes a tais atividades. A influência na legislação pode ser visualizada no Código de Águas, por exemplo.

O reflexo na jurisprudência é perceptível nos julgados que consideraram certas atividades de competência do Estado como serviço de utilidade pública ou como serviço público, conforme o instrumento utilizado para sua delegação. Assim, as atividades exercidas por particulares mediante autorização eram qualificadas como serviço de utilidade pública, aplicando-se o regime de direito privado. Já as atividades exercidas pelos particulares por meio de delegação eram qualificadas como serviço público, aplicando-se o regime de direito público. Essa opção pelo regime jurídico prestacional só se aplicava à exploração indireta.

A abordagem acerca dos monopólios, ao longo dos referidos textos constitucionais, altera-se em alguns aspectos. Contudo, a concepção sobre o tema permaneceu vinculada à tradição até então existente. Logo, não se conferia ao Estado um conjunto de poderes em face dos monopólios. O monopólio era tratado como o resultado do exercício de uma competência pública, a qual se submetia aos requisitos formal (lei) e material (interesse supraindividual).

Importa mencionar que nas referidas Constituições sempre foram exigidos para a instituição de monopólio os dois requisitos previstos na Constituição de 1934 (ainda que nesta existissem limites específicos em relação à prática do ato de monopolizar). Tais requisitos eram a existência de lei e o elemento material (que variava de acordo com o texto constitucional em que se inseria).

No ponto, sobressai, em termos de monopólio, o fato de que o interesse supraindividual (critério material) justificador da monopolização de determinada atividade ou indústria, já foi “interesse público” (Constituições 1934 e 1946), “motivo de segurança nacional” e “necessidade de organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa” (Constituição de 1967).

O ato de monopolizar foi tratado ao longo dos textos constitucionais como intervenção no domínio econômico. Em razão disso, os monopólios eram vistos pela doutrina como atividades privadas do Estado, ou seja, atividades econômicas em sentido estrito. Considerando o arranjo normativo constitucional relativo à ação do Estado no domínio econômico, essa interpretação fazia sentido.

Até então havia uma realidade dúplice de ação do Estado no domínio econômico. Assim, o Estado poderia somente intervir no domínio econômico por meio de mecanismos de direito privado, ou atuar por meio da prestação de serviços públicos. A intervenção se dava em regime de monopólio ou de concorrência por meio de empresas estatais. A atuação se dava com a prestação de serviços públicos, por meio de empresas estatais ou de entidades de direito público.

Diante disso, percebe-se que a formação do conceito de monopólio, serviços públicos, serviços de utilidade pública e serviços decorrentes do uso de bem público, seguiram um caminho linear, sem grandes rompimentos. Dessa maneira, não houve mudanças conceituais bruscas, sendo toda a construção constitucional gradativa.

O resultado do debate produzido ao longo das aludidas constituições foi recepcionado pela Constituição de 1988. A recepção não é completa, pois o atual texto constitucional traz consigo uma variada gama de informações sobre os temas correlatos à definição de serviço público. Não há um rompimento com o que se vinha produzindo em termos conceituais, nem

abandono do quadro classificatório preexistente. Seguindo à tradição, a Constituição de 1988 não contém um conceito material de serviço público enunciado em uma fórmula.

Do mesmo modo, os critérios franceses de identificação dos serviços públicos foram recepcionados. Também foram recepcionados os debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do conceito de serviço de utilidade pública à brasileira, ou seja, atividades de competência do Estado sujeitas à autorização e prestadas sob o regime jurídico de direito privado. Ao lado disso, o atual texto constitucional delineou para o setor de saúde uma regulação aproximada ao conceito norte-americano. Para tanto, utilizou a expressão “serviço de relevância pública”.

Como consequência do modo de sua formação, o conceito pátrio de serviço público ficou alheio a crises conceituais. Isso se deu mesmo com a submissão a condições semelhantes àquelas que ocasionaram as crises conceituais da noção francesa. A principal característica produtora dessa imunização foi a maneira como o tema foi colocado em termos de direito positivo constitucional.

A colocação do tema em sede de direito positivo constitucional forma a estrutura conceitual dos serviços públicos. Na Constituição de 1988, essa estrutura está disposta no uso da expressão nos sentidos orgânico, formal e material. No sentido orgânico, o termo faz referência aos órgãos e entidades pertencentes ao Estado (ou ao próprio Estado). No sentido formal, serviço público é um regime jurídico atribuível às competências matérias de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. No sentido material, a expressão refere-se a determinadas atividades do Estado.

O sentido material é dimensionado nas acepções ampla e restrita. A acepção ampla abarca todas as atividades do Estado. No bojo da acepção restrita, que diz respeito às atividades prestacionais e exclusivas do Estado, surge uma inovação em relação às Constituições precedentes. Essa acepção é subdividida em duas variantes, a saber: o serviço público econômico e o serviço público social. A rigor, nos textos constitucionais precedentes, os serviços sociais estavam inseridos na acepção ampla do sentido material e, atualmente, estão inseridos nas duas acepções, dependendo da atividade.

Outra inovação trazida pela Constituição de 1988 em relação à estrutura constitucional dos serviços públicos está na veiculação de um sentido formal da expressão. Nos textos constitucionais anteriores, a ausência de um regime jurídico alternativo ao dos serviços públicos para o exercício das atividades de titularidade do Estado fazia com que tais competências fossem qualificadas diretamente como serviços públicos (ressalva-se o

entendimento surgido à luz da Constituição de 1946 quanto à prestação indireta de tais atividades por meio de autorização).

Essa inovação permite falar em função concernente ao conceito de serviço público. A função, que opera estritamente no âmbito econômico, é o procedimento de aplicação do regime jurídico de serviço público (sentido formal) sobre determinadas competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, qualificando tais atividades como serviço público em sentido material na variação econômica da acepção estrita.

No âmbito da Constituição de 1988, portanto, há dois regimes jurídicos passíveis de atribuição às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. Tratam-se do regime jurídico de direito privado (art. 173) e o regime jurídico dos serviços públicos (art. 175), conforme se verá com mais atenção no capítulo seguinte.

#### 4 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: ANÁLISE ACERCA DOS REGIMES JURÍDICOS DISPONÍVEIS E DE SUAS INCIDÊNCIAS SOBRE AS ATIVIDADES PRESTACIONAIS DE NATUREZA ECONÔMICA DO ESTADO

Até o presente momento desta pesquisa observou-se as três principais dimensões em que o conceito de serviço público é estudado, quais sejam: os fundamentos, a definição e a aplicação. Doravante, o escopo principal é a demonstração dos pressupostos normativos de uma nova dimensão integrante do conceito dogmático-jurídico de serviço público brasileiro, consistente na função que ele exerce a partir da Constituição de 1988<sup>388</sup>.

Tal empreitada exige a observação, preliminar, da interseção entre a esfera pública e a esfera privada disposta no texto constitucional. Essa análise pressupõe o delineamento da *summa divisio* no que concerne à identificação da titularidade de determinadas atividades<sup>389</sup>. A identificação dessa linha traçada entre a esfera pública e a privada impõe o enfrentamento, em linhas gerais, dos aspectos econômicos constantes na Constituição vigente. Como decorrência da análise dos elementos normativos que compõem a estrutura da referida linha divisória, vislumbrar-se-á a ideia de ideologia constitucionalmente adotada<sup>390</sup>.

<sup>388</sup> Conforme visto na introdução, o conceito proposto é dogmático-jurídico porque está radicado no estudo sistemático das normas (regras e princípios) vigentes. O status constitucional do conceito decorre do âmbito em que as normas observadas estão inseridas, isto é, na Constituição de 1988. Essas normas constitucionais que versam sobre serviço público são os pressupostos normativos do conceito dogmático-jurídico. Em outras palavras, são os dogmas, ou seja, elementos incontestáveis quanto à existência. Esses dogmas constituem-se nos pontos de partida do enfrentamento do tema. Nesse sentido, os pressupostos normativos da nova dimensão do conceito de serviço público (isto é, do aspecto “função”) são as disposições constitucionais que versam sobre o tema. A respeito do significado de dogmática-jurídica, ver: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 39 – 51.

<sup>389</sup> Aqui, portanto, não se está a tratar da *summa divisio* como elemento que divide em público ou privado os diversos ramos do direito, mas sim como linha que separa as competências públicas e privadas, mormente no que tange à titularidade de determinadas atividades de cunho econômico.

<sup>390</sup> Nesse estudo, o termo é compreendido estritamente na linha dos ensinamentos do prof. Washington Albino, para quem: “o tratamento dos elementos ideológicos devem ser captados pela Constituição, de modo a oferecerem estrutura orgânica que corresponda à sua condição autônoma de ‘ideologia constitucionalmente adotada’ e, portanto, desligada dos modelos ideológicos puros ou compostos que as tenham inspirado. Sua objetivação deverá atingir a característica de valor jurídico, captado na realidade do país de que se trate (no presente caso, o Brasil), com todas as peculiaridades desta, no que sejam voltadas para objetivos político-econômicos”. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 99. O autor não adotava, portanto, o termo “ideologia” em compromisso com posições utilizadas como referência a regimes políticos. Pelo contrário, para ele a ideologia se exprime pelos princípios adotados pela ordem jurídica. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 33. Conferir, também: SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 177. A propósito, conferir sobre o tema: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 33 – 35 e p. 58. Esse autor refere que: “a ideologia constitucionalmente adotada constitui um conjunto de princípios e valores que não têm necessidade de guardarem coerência entre si, já que representam uma opção do constituinte por uma determinada linha de maior vantagem”. Nessa perspectiva,

A necessidade de se percorrer esse caminho, abordando temas de enorme complexidade e mais bem desenvolvidos pelo direito econômico, decorre do âmbito em que a função do conceito de serviço público opera. A função do conceito opera na vinculação entre a face econômica da acepção estrita do sentido material de serviço público e o sentido formal.

A referida acepção do sentido material refere-se às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. O sentido formal equivale à enunciação de um regime jurídico básico incidente sobre as atividades qualificadas como serviço público. Isso indica, já de antemão, que a função do conceito de serviço público está atrelada à atuação do Estado no domínio econômico.

Ressalte-se que a referida observação preliminar se dará em termos genéricos e apenas na medida do necessário à demonstração do pressuposto adotado neste estudo. Iniciando tal abordagem, verifica-se que a CRFB/88 consagra a livre iniciativa e a livre concorrência como vetores da organização econômica e, ao lado disso, prevê uma série de mecanismos de ação (atuação e intervenção) do Estado no (e sobre o) domínio econômico. Essa circunstância demarca o domínio público e o privado, indicando que pertencem à iniciativa privada as atividades econômicas que não forem proibidas pelo ordenamento jurídico nem reservadas pela Constituição ao Estado.

Nesse contexto, aduz-se que a atividade econômica em sentido amplo abarca tanto o domínio privado quanto o público. A gestão pelo Estado da atividade econômica em sentido amplo, na qual estão inseridos o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito, está condicionada por critérios postos pela ordem jurídica nacional<sup>391</sup>. É preciso dizer que toda a ação do Estado deve se voltar à satisfação dos objetivos fundamentais da República, bem como à concretização e à proteção dos direitos fundamentais<sup>392</sup>.

---

considerando que, de acordo com Washington Albino Peluso de Souza, a ideologia constitucionalmente adotada é o conjunto de princípios ideológicos consignados no texto constitucional, poder-se-ia destacar, como principais correntes ideológicas constantes na Constituição de 1988, estritamente a partir dos fundamentos da ordem econômica, as seguintes: (a) o modelo liberal, lastrado na livre iniciativa (art. 170, caput), na propriedade privada (inciso II), na livre concorrência (inciso IV) e no livre exercício das atividades econômicas (parágrafo único); (b) o modelo socialista, radicado na valorização do trabalho humano e na existência conforme os ditames da justiça social (art. 170, caput), função social da propriedade (inciso III), redução das desigualdades regionais e sociais (inciso VII); (c) o modelo misto (ou neoliberal), fundamentado na defesa do consumidor (inciso V), na busca pelo pleno emprego (inciso VIII), tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (inciso IX). SOUZA, Washington Peluso Albino. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 254.

<sup>391</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A corrupção no Brasil à luz do direito econômico. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 87, n. 01, p. 74 – 107, jan./jun. 2015. p. 82 – 87.

<sup>392</sup> Nesse sentido, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 142 – 151. Ver, também: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 78 – 79. Esse autor trata especificamente dos direitos fundamentais a prestações em sentido amplo, os quais exigem um agir positivo do Estado.

O artigo 3º da CRFB/88 elenca os fins gerais do Estado brasileiro, reduzindo o âmbito de vontade do gestor quanto à definição das finalidades da ação estatal em qualquer campo<sup>393</sup>. De fato, o rol contido no aludido artigo é composto por vocábulos de sentido muito amplo, o que não impede que se possa identificar o limite para os fins cuja enunciação se traduza como negação das proposições constitucionais dispostas nos incisos do referido artigo<sup>394</sup>.

Já o art. 170 da Constituição expressa o fim específico da ordem econômica, qual seja: “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Assegurar a existência digna deve ser entendido como o afastar as situações em que quaisquer sujeitos de direito sejam compelidos a viver em condições incompatíveis sequer com o mínimo indispensável à sobrevivência humana. Já o complemento – conforme os ditames da justiça social – deve ser entendido a partir do “dar a cada um o que de direito”, enquanto possibilidade de igual participação nos bens da vida<sup>395</sup>.

A atividade econômica em sentido estrito, com base na Constituição de 1988, é desempenhada em regime de livre iniciativa, de acordo, dentre outros, com os seus artigos 1º, IV, 5º, XIII, 170, *caput* e parágrafo único, e 173. Já os serviços públicos só podem ser prestados como desempenho das competências materiais previstas constitucionalmente<sup>396</sup>. De todo o modo, para compreender os dados do problema, deve-se verificar quais são os fins a que estão afetos a “atividade econômica em sentido estrito” e o “serviço público”<sup>397</sup>.

Ao Estado é atribuído um conjunto de atividades de cunho prestacional e natureza econômica, cujo exercício se configura como atuação no domínio econômico. Essa atuação pode ocorrer sob dois regimes jurídicos distintos, a saber: o de direito público e o de direito privado. Tais atividades constam em dispositivos esparsos ao longo do texto constitucional, mormente nos que dispõem acerca da repartição de competências federativas e sobre os monopólios. O monopólio, como se verá, não se configura em um regime jurídico autônomo, nem indica aspectos jurídicos próprios, em relação aos outros mencionados.

Os aludidos regimes jurídicos estão descritos, predominantemente, nos artigos 173 e 175 da CRFB/88. Já os monopólios estão previstos no art. 177 e no art. 21, XXIII, da

---

<sup>393</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário sistemático à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 46. FARIA, Werter Rotunno. **Constituição Econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990. p. 102.

<sup>394</sup> AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 129.

<sup>395</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014. p. 120 – 121.

<sup>396</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 423.

<sup>397</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A corrupção no Brasil à luz do direito econômico. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 87, n. 01, p. 74 – 107, jan./jun. 2015. p. 85.



CRFB/88. A exposição dos regramentos previstos nos referidos dispositivos será o objeto do item 4.1 deste capítulo. Tais regimes jurídicos configuram-se como instrumentos de realização dos objetivos do Estado na seara econômica, os quais são colocados à disposição do legislador ordinário como mecanismos de exercício das competências públicas. A demonstração da estrutura dogmática dessa afirmação é o objeto do subcapítulo 4.2.

É nessa esteira que ao conceito de serviço público, mais especificamente em seu sentido formal, é atribuída uma função. Essa função consiste em ser um regime jurídico atribuível às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, na exata medida de sua compatibilidade. Essa compatibilidade é definida pela análise das disposições atinentes e específicas às referidas competências públicas<sup>398</sup>.

Na averiguação dessa medida de compatibilidade, perceber-se-á que existem atividades atribuídas ao Estado que possuem um conjunto de regramentos próprios. Esses regramentos próprios somam-se às normatizações gerais dos aludidos regimes jurídicos postos à disposição do Estado e/ou dimensionam a incidência deles, podendo afastá-los por completo. A análise de algumas dessas atividades e das peculiaridades de seus respectivos regimes jurídicos será realizada no subcapítulo 4.3.

Prosseguindo na averiguação da compatibilidade da incidência do conceito de serviço público em sentido formal, analisar-se-ão os parâmetros do conceito em cotejo com as ações dos demais entes da federação na seara econômica. Nessa oportunidade, buscar-se-á identificar os pressupostos e os limites do exercício da função de serviço público no âmbito dos estados-membros e dos municípios. Essa análise é particularmente importante por duas circunstâncias específicas que permeiam o debate no âmbito dessas esferas da federação.

A primeira circunstância tem relação com a ausência de previsão de um rol taxativo de competências materiais dos aludidos entes da federação. As atividades de competência dos estados-membros e municípios, salvo algumas referências constantes no texto constitucional, não constam elencadas na Constituição de 1988. Ao lado disso, a Constituição indica que tais competências são delineadas a partir do critério material (interesse local e interesse regional), sendo nos casos dos estados-membros temperado pelo elemento residual.

---

<sup>398</sup> Essa assertiva situa-se no que se entende por regime jurídico geral e específico da atividade econômica no âmbito das competências públicas. Entende-se, a partir das construções existentes acerca do tema, que os regimes previstos nos artigos 173 e 175 da Constituição são gerais, ao passo em que os regramentos oriundos das disposições infraconstitucionais e constitucionais acerca de determinadas competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado compõem os aspectos especiais que formam o seu regime jurídico específico. Sobre a construção da noção de regime jurídico geral e específico das atividades econômicas, ver: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015. Principalmente os capítulos 2 e 3.

A segunda circunstância corresponde ao potencial conflito normativo-constitucional e entre direitos fundamentais decorrentes da definição de determinadas atividades de natureza econômica como competência dos estados-membros e municípios. Isso porque os fundamentos da *publicatio* e a definição da *summa divisio* estão dispostos no texto constitucional, envolvendo em ambos os casos direitos fundamentais.

O conflito normativo-constitucional se dá pelo fato de que é na Constituição de 1988 que constam os princípios da livre iniciativa, da iniciativa privada e da livre concorrência e os fundamentos para que os entes da federação mencionados definam suas competências materiais. Nesse contexto, há um evidente redimensionamento da estrutura da *summa divisio* em todas as oportunidades em que um ato de *publicatio* é praticado pelos citados entes da federação sobre uma atividade de cunho econômico.

Assim, as normas que fundamentam a *publicatio* estarão em conflito com os direitos definidos pela *summa divisio*. Esse conflito envolverá também os direitos fundamentais correspondentes aos fundamentos da *publicatio*, consistentes naqueles que formam o interesse público (local ou regional) justificador desse ato, e os direitos fundamentais protegidos pela *summa divisio*, consubstanciados naqueles de livre iniciativa e iniciativa privada.

Nesse contexto, denota-se que, no âmbito dos estados-membros e municípios, a problemática relativa à função do conceito de serviço público tem um elemento anterior à discussão atinente à atribuição de um regime jurídico às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica. Esse elemento anterior consiste na definição dos limites e fundamentos do exercício da *publicatio* e da influência deles na incidência do regime jurídico de serviço público sobre as atividades. Essa abordagem será feita no subcapítulo 4.4. Ao final, no item 4.5, será realizada uma breve síntese conclusiva dos principais pontos abordados ao longo do presente capítulo.

#### **4.1 Noções gerais sobre a ordem econômica na Constituição de 1988: análise acerca do domínio normativo dos artigos 173, 175 e 177**

Nesse ponto, é preciso, para que não parem dúvidas acerca das expressões a serem utilizadas, esclarecer que as ações do Estado no domínio econômico podem acontecer de duas formas<sup>399</sup>. Primeiro, (1) por atuação, que se dá quando o Estado executa atividade de sua

---

<sup>399</sup> É necessário dizer que a opção classificatória aqui adotada não ignora outras existentes, baseando-se, a rigor, em pontos específicos de suas respectivas estruturas. No entanto, as divisões e subdivisões pelas quais se optou para os fins deste estudo são diferentes da classicamente encontrada na doutrina que se debruça sobre o

competência constitucional. Segundo, (2) por intervenção, que se dá quando o Estado, por força de autorização constitucional, interage com a iniciativa privada<sup>400</sup>. Essa segunda forma, divide-se em outras duas, a saber: (2.1) intervenção no domínio econômico, que ocorre por participação<sup>401</sup>, e (2.2) intervenção sobre o domínio econômico, a qual acontece de duas maneiras, quais sejam: (2.2.1) por direção e (2.2.2) por indução.

No âmbito da primeira (1) estão os serviços públicos expressamente previstos no texto constitucional (como, por exemplo, o transporte coletivo, art. 30, V, da CF/88), as atividades materiais com cunho prestacional e natureza econômica atribuídas ao Estado pela Constituição (como é o caso das telecomunicações e energia elétrica, artigos 21, XI e XII, “b”, da CF/88, respectivamente) e os monopólios (art. 177 da CF/88)<sup>402</sup>. Já no âmbito do

---

tema. Por essa razão, não se adota, por exemplo, a classificação sugerida por Geraldo Vidigal (fonte da qual se valeu, em parte, Eros Roberto Grau), em comentários relativos à Emenda Constitucional 1/69, segundo a qual, na ordenação constitucional brasileira, coexistiriam, (1) formas de participação do Estado na atividade econômica, compreendendo os (a) serviços públicos de definição constitucional, (b) monopólios e (c) explorações competitivas em suplemento à iniciativa privada; e (2) formas de ação do Estado sobre a atividade econômica, distinguindo-se (a) as ações visando à direção de toda a atividade econômica e (b) as ações visando a intervenção na atividade econômica privada. VIDIGAL, Geraldo. **Teoria do Direito Econômico**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1977. p. 99 - 100

<sup>400</sup> Quanto a essa classificação, adotamos, em parte, os ensinamentos de Eros Roberto Grau, que considera os termos “intervenção” e “atuação” relativamente intercambiáveis, aduzindo que o primeiro conota a ação do Estado na esfera de competência de outrem, isto é, no âmbito das atividades econômicas em sentido estrito, enquanto que o segundo traduz a ação do Estado na atividade econômica em sentido amplo, englobando, assim, a intervenção e a atuação em sentido estrito, a qual, por sua vez, conteria os serviços públicos. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90 – 92. Em parte, porque entendemos, mormente para os fins deste estudo, que atuação não comporta a intervenção, sendo conceitos paralelos que se referem a realidades diversas. Assim, utilizamos o termo “atuação” somente para designar as ações do Estado em área de competência própria; já o termo “intervenção” é utilizado no mesmo sentido apontado pelo referido autor. Isso significa dizer que a ação do Estado ocorre de duas formas, quais sejam: intervindo ou atuando. Como se vê, não se discorda da classificação em si (ao menos no aspecto analisado), mas apenas da terminologia adotada.

<sup>401</sup> No ponto, não se desconhece da subdivisão elaborada por Eros Grau, apenas dela se ousa discordar. O citado autor considera que a intervenção do Estado no domínio econômico ocorre de duas formas, a saber: (a) por absorção ou (b) por participação. A segunda maneira, diversamente da primeira, se admite sem qualquer ressalva. Isso porque o primeiro modo se refere aos monopólios, ou seja, quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da economia. Nessas hipóteses, excetuado o caso do fenômeno do monopólio de fato, trata-se de atuação no domínio econômico, porquanto o Poder Público age em campo de competência própria, com base em previsão constitucional (art. 177 da CF/88). Em outras palavras, quando o monopólio é de direito, pois abarcado nas previsões constitucionais, não há de se cogitar em intervenção. Já no monopólio de fato (pense-se na circunstância específica de o Estado intervir no domínio econômico, com base no “relevante interesse coletivo” disposto no art. 173 da CF/88, criando uma empresa pública para oferecer uma atividade que a iniciativa privada não tem interesse ou condições de oferecer, mas que é relevante para a coletividade beneficiada) há intervenção e, aí sim, se poderia cogitar de intervenção do Estado no domínio econômico por absorção, mas, nesse caso, o monopólio é um evento acidental à intervenção e não um elemento previsto na lei. GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147.

<sup>402</sup> A abordagem do conceito de “monopólio” ao lado do conceito de “serviço público” baseia-se na adoção do entendimento de que ambos se enquadram como competências econômicas públicas, sendo, portanto, de competência estatal a ação nessa seara não pode configurar intervenção. Sobre o tema, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito

segundo (2) está a esfera dos particulares, ou seja, as atividades econômicas em sentido estrito.

O Estado age intervindo no domínio econômico por participação (2.1) por meio da criação de empresas públicas ou sociedades de economia mista, bem como, quando for o caso, com suas respectivas subsidiárias, baseado em imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173 da CRFB/88). Essas empresas estatais competirão com os particulares, despidas de qualquer privilégio de Fazenda Pública, ou seja, com regime o mais próximo possível das entidades privadas.

Quanto à intervenção sobre o domínio econômico (2.2), ela ocorre por direção (2.2.1) e por indução (2.2.2). No primeiro caso, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes privados. No segundo caso, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados<sup>403</sup>.

Ademais, outro meio de ação do Estado no domínio econômico aparece como um mecanismo híbrido entre intervenção e atuação. Isso porque internamente à estrutura do Estado, isto é, sob a perspectiva do federalismo, apresenta-se como intervenção no domínio econômico. Já externamente, ou seja, colimando-se o fenômeno pela perspectiva orgânica do Estado na *summa divisio* (em que de um lado está o Poder Público e de outro a iniciativa privada), surge como atuação estatal no domínio econômico.

Trata-se da circunstância específica de um determinado ente da federação prestar atividade que seja de competência de outro ente da federação. Tal circunstância é instrumentalizada por meio das entidades da Administração Pública Indireta, ocorrendo, por exemplo, quando uma empresa pública da União presta um serviço de competência de um estado-membro ou município.

Para os objetivos a que este estudo se destina, importa analisar a atuação do Estado no domínio econômico. Isso significa dizer que a observação tem como ponto de partida os conteúdos dos artigos 173, 175 e 177 da CRFB/88. Cumpre antecipar que adotamos o pressuposto de que há duas situações previstas no art. 173 e sobre as quais incide o regime jurídico ali delineado. A primeira parte desse dispositivo se refere a hipóteses de atuação, ao passo em que a segunda se refere a casos de intervenção.

---

Público, nº 23, ago/set/out., 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

<sup>403</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147.

Esses dispositivos tratam, respectivamente, da prestação de atividade sob o regime jurídico de direito privado, da prestação de serviços públicos e dos monopólios. Nas próximas linhas, serão tecidas breves considerações acerca do conteúdo dos dispositivos mencionados, observando o regime jurídico que estão neles contidos ou que deles decorrem<sup>404</sup>.

#### 4.1.1 O regime jurídico disposto no art. 173 da Constituição de 1988

O artigo 173 da Constituição<sup>405</sup> é considerado o fundamento da intervenção do Estado do domínio econômico, uma vez que prevê a possibilidade de exercício de atividades pertencentes à iniciativa privada. Essa espécie de ação se dá por meio de entidades com características bastante próximas às dos particulares. Tal proximidade é delimitada por um

---

<sup>404</sup> Cumpre não confundir o regime jurídico atribuído à atividade de competência do Estado – que será objeto dos itens que compõem este subcapítulo – com o regime do meio pelo qual tal atividade é exercida (o que equivale, a rigor, ao regime das empresas estatais). Incidentalmente, tais assuntos têm relevantes pontos de contato, cujo enfrentamento será feito de forma genérica nesse estudo e apenas na medida do necessário para a descrição do regime jurídico das atividades de competência do Estado. De qualquer forma, vale dizer que as atividades exercidas pelo regime jurídico disposto no art. 173, tanto no que tange à intervenção quanto no que tange à atuação, impõem que a ação do Estado se dê por meio de empresas estatais com regime jurídico de direito privado equivalente ao das empresas privadas, salvo no que concerne aos regramentos jurídicos básicos aplicáveis às entidades da Administração Pública (por exemplo, art. 37 da Constituição), e sem privilégios (por exemplo, isenção tributária e impenhorabilidade de bens). Por outro lado, as atividades exercidas pelo regime do artigo 175 podem acontecer por meio tanto da Administração Pública Indireta (empresas estatais ou autarquias), quanto da Administração Pública Direta (órgãos públicos). No que diz respeito especificamente às empresas estatais, a possibilidade, ou não, de concorrência é que determinará a maior ou menor aproximação dessas entidades às empresas privadas, ou seja, havendo possibilidade de concorrência (e isso é circunstância a ser definida pelo legislador ordinário, que deverá levar em conta as condições necessárias para o alcance das finalidades e o cumprimento das obrigações da atividade qualificada como serviço público, bem como o impacto da inserção dessa atividade em um ambiente concorrencial) as empresas estatais se aproximarão das empresas privadas, tratando-se, porém, do contrário, as empresas estatais se aproximarão, em determinados aspectos, de autarquias, possuindo, assim, privilégios de fazenda pública, mas tendo facilidades oriundas do direito privado incidentes sobre si de um modo geral. Para aprofundar os aspectos atinentes ao regime jurídico das empresas estatais, conferir SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96 e seguintes.

<sup>405</sup> 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. § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade. § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

conjunto de disposições constitucionais, cujo escopo é regradar a Administração Pública sem produzir vantagens ao Poder Público em face de agentes privados.

A referida intervenção ocorre por intermédio de entidades estatais (empresas públicas e sociedade de economia mista) e suas subsidiárias, que concorrem com os particulares. Esse procedimento, por ser excepcional, exige a presença de um dos dois pressupostos autorizadores previstos no art. 173, isto é, imperativo de segurança nacional e/ou relevante interesse público<sup>406</sup>.

A abordagem pela perspectiva da intervenção não é a única. A rigor, não há empecilho para que as competências materiais de natureza econômica do Estado (com especial atenção para as de cunho prestacional) sejam exercidas por meio do regime jurídico previsto no dispositivo constitucional em questão. Nesse caso, logicamente, não haveria intervenção do Estado, mas sim atuação no domínio econômico sob o regime jurídico predominantemente de direito privado, tanto no que concerne à entidade quanto no que tange à atividade em si.

Em outros termos, o regramento previsto no artigo 173 da CRFB/88 permite que o legislador opte pela forma como o Estado exercerá suas competências, além de definir pressupostos para a intervenção. Assim, o Estado pode exercer suas competências econômicas por meio do regime jurídico dos serviços públicos (art. 175) ou pelo regime de direito privado (art. 173). Logo, há duas hipóteses previstas no art. 173, para o mesmo regime jurídico, a saber: (a) a de atuação do Estado e (b) a de intervenção do Estado no domínio econômico. Essa conclusão é extraível da redação do dispositivo em questão.

No que concerne à atuação, percebe-se que a primeira parte do artigo 173 afirma que “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição*”. Isso significa que no texto constitucional existem atividades econômicas exploráveis pelo Estado, cujo exercício pelo regime do art. 173 não exige a presença de imperativos de segurança nacional nem de relevante interesse público (isto é, a presença do elemento material superior ao que norteia a ação do Estado)<sup>407</sup>.

Já no que tange à intervenção, regrada a partir da segunda parte do dispositivo, verifica-se que o Estado exercerá uma atividade que não é de sua competência. Tal exploração só pode acontecer a partir da existência de imperativos de segurança nacional e relevante interesse público, na forma que a lei dispuser.

---

<sup>406</sup> Esses requisitos serviram, com algumas pequenas variações, ao longo da trajetória constitucional como elementos necessários para instituição de monopólios, decorrentes do exercício da competência que o Estado possuía para monopolizar indústrias e setores.

<sup>407</sup> No ponto, vale consignar que não se concorda com os posicionamentos que preenchem a primeira parte do art. 173 da Constituição apenas com os monopólios, como se observa em GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125 – 127 e p. 283.

Vale consignar que é imprescindível a existência de lei que, ao definir os mencionados requisitos, permita que o Estado intervenha no domínio econômico por participação. Sem a ação do Poder Legislativo é vedado ao Poder Público, por força do princípio da legalidade (em sua face da reserva legal), intervir na esfera privada do domínio econômico.

Nesse sentido, a identificação dos casos expressos na Constituição indica as atividades sujeitas ao regime jurídico disposto no art. 173, sem que se necessite dos mencionados pressupostos. Fora dessa hipótese, é necessária a presença de imperativos de segurança nacional e/ou relevante interesse coletivo. O aprofundamento do assunto será realizado no subcapítulo 4.2. Por enquanto, o que importa é saber que há duas situações reguladas pelo referido artigo, antecipando-se que essa primeira parte não pode ser preenchida direta e exclusivamente pelas disposições do art. 175 e do art. 177 da Constituição.

A descrição do regime jurídico de direito privado do art. 173 é o objeto deste subitem da pesquisa. No âmbito do exercício das competências do Estado sob regime jurídico de direito privado, os regramentos concernentes às atividades prestadas confundem-se, de certa forma, com os incidentes sobre as entidades que as exercem.

Cumprе ressaltar que serão estudadas, no âmbito deste trabalho, apenas as hipóteses pertencentes à primeira parte do dispositivo, ou seja, somente os casos de atuação do Estado no domínio econômico sob o regime jurídico de direito privado. Não será objeto deste estudo, portanto, os casos de intervenção do Estado no domínio econômico lastreado em imperativos de segurança nacional e relevante interesse público<sup>408</sup>.

O regime jurídico em análise é definido por aproximação ao direito privado. Por essa razão o texto constitucional preocupa-se em afastar certas prerrogativas de fazenda pública concernentes a outras entidades estatais. Isso acontece, contudo, sem se afastar a incidência de normas gerais de direito público relativas à Administração Pública, como é o caso do dever de licitar (art. 22, XXVII, combinado com 173, § 1º, III) no âmbito de suas atividades-meio<sup>409</sup>.

---

<sup>408</sup> Sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, sobretudo à luz do exercício da competência prevista no art. 173, conferir: SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015. O autor, ao tratar a intervenção direta do Estado no domínio econômico como discricionária, basicamente, procura identificar os pressupostos e os limites do exercício dessa competência. Nesse texto, são apresentadas quatro formas de intervenção direta do Estado no domínio econômico, quais sejam: absorviva integral, absorviva parcial, participativa associativa e participativa não associativa. A partir daí a aludida discricionariеdade estaria presente em duas dimensões, a saber: no agir (em razão do modal deontico permissivo) e na forma de intervenção. Ademais, são tratados dos limites e técnica de contenção do exercício da discricionariеdade dimensionada da citada maneira.

<sup>409</sup> A partir da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 surgiu a possibilidade de criação, por meio de lei, de regime licitatório simplificado para empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. De acordo com a Constituição esse procedimento simplificado seria tratado no âmbito da lei que dispusesse sobre o estatuto das empresas estatais. No entanto, a Petrobrás vinha adotando um procedimento

Assim, o art. 173, § 1º, II, refere que as empresas estatais que explorem atividades econômicas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que tange aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias. Nessa mesma esteira, o § 2º do citado artigo veda que as empresas públicas e sociedades de economia mista recebam privilégios fiscais não extensíveis ao setor privado. Seguindo essa linha de raciocínio, as empresas estatais assumem as formas societárias ordinárias regidas pelo Código Civil e por outras legislações de direito empresarial, bem como se submetem diretamente às leis de defesa ao consumidor, sendo o seu pessoal regido pela CLT<sup>410</sup>.

A sujeição às obrigações civis, na mesma dimensão dos particulares, afasta a aplicação do art. 37, § 6º. Desse modo, a responsabilidade civil das empresas estatais prestadoras de atividades em regime jurídico de direito privado segue os regramentos ordinários aplicáveis às empresas privadas. Logo, a responsabilidade é subjetiva ou objetiva a partir do que dispuser a legislação civil, trabalhista, ou mesmo de outra ordem, desde que aplicável aos particulares.

Na sequência, o § 3º determina que haja proteção à concorrência no setor em que atue a empresa estatal. Isso significa que, além da natural concorrência para os casos de intervenção, a escolha do regime do art. 173 para o exercício de atividades de competência pública deverá estimular e facilitar a existência da concorrência, o mais próximo possível do que existiria caso a atividade pertencesse à iniciativa privada.

Não obstante, a ação do Estado com base no regime jurídico do art. 173 da Constituição não é inteiramente regida pelo direito privado. Na verdade, embora o aludido dispositivo não explicita, o Poder Público permanece sujeito a normas derogatórias do direito

---

especial de contratação, a despeito da omissão legislativa. Após o rompimento do monopólio jurídico que a Petrobrás exercia no âmbito do petróleo e afins, com o advento da EC nº 9/95, foi editada a Lei 9.478/97, que em seu art. 67 prevê que “os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República”. Em seguida, sobreveio o Decreto 2.745/98, instituindo o procedimento licitatório simplificado no âmbito da empresa estatal em questão. Com base nesse decreto, a Petrobrás editou seu próprio regulamento. O TCU, em várias oportunidades (como, por exemplo, na decisão nº 663/2002 e no acórdão 39/2006), entendeu que a Petrobrás deveria seguir o procedimento previsto na Lei 8.666/93, dado que o procedimento simplificado não estava previsto em lei. Por outro lado, o STF, provocado por meio de mandados de segurança impetrados pela empresa estatal, entendeu, em várias ocasiões (como, por exemplo, no MS 27.837, MS 25.888, MS 26.783), que a empresa estatal mencionada poderia utilizar o procedimento simplificado, deferindo, então, liminares em face das decisões do TCU. Atualmente, há a lei 13.303/2016, que “dispõe sobre o regime jurídico da empresa pública, sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios”. No art. 1º consta que a lei se aplica, em todos os níveis da federação, a todas as empresas estatais que explorem atividade econômica, ainda que em regime de monopólio ou de serviço público.

<sup>410</sup> Esse conjunto de assertivas encontra respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se percebe, ilustrativamente, do seguinte conjunto de julgados: (a) tratando da equivalência do regime jurídico das empresas estatais que prestam atividades econômicas em sentido estrito, tem-se ADC-MC 1.552-DF; AI-AgR 337.615-SP; ADI 1.998-DF; (b) sobre a incidência da legislação trabalhista, tem-se RE 165.304-MG; ADI 1.515-DF; AI-AgR 468.580-RJ; (c) sobre obrigações tributárias e privilégios fiscais, tem-se ACO-AgR 765-RJ.



privado, igualmente impostas pela Constituição da República. Trata-se de um regime jurídico híbrido, ou de direito privado administrativo<sup>411</sup>.

Nesse sentido, permanece a obrigação de realização de concursos públicos para ingresso de empregados nas estatais (art. 37, II<sup>412</sup>), a sujeição das empresas estatais à prestação de contas perante o Tribunal de Contas (art. 70) e a sujeição à exigência de licitação para compras e contratos (art. 37, XXI c/c art. 173<sup>413</sup>) em sua atividade-meio. Da mesma forma, há, ainda, a limitação da remuneração do pessoal administrativo e dos dirigentes, que deve ser ajustada ao teto de remuneração do Poder Executivo, quando a entidade receba recursos do Poder Público para o pagamento de pessoal ou custeio (art. 37, XI c/c art. 37, §9º); limitação à cumulação de cargos e empregos (art. 37, XVI c/c art. 37XVII) e proventos (art. 37, § 10), entre outras exigências<sup>414</sup>.

Grande parte dessas disposições atinentes às empresas estatais prestadoras de serviços submetidos ao regime jurídico de direito privado aplicam-se às empresas estatais prestadoras de serviço público. Isso porque se tratam de disposições que formam o regime da entidade e não necessariamente da atividade. A construção de um ambiente concorrencial, por meio da estimulação e facilitação de ingresso no setor, é o aspecto mais relevante do regime jurídico disposto no art. 173 no que tange à atividade em si.

#### 4.1.2 O regime jurídico disposto no art. 175 da Constituição de 1988

O art. 175 da Constituição<sup>415</sup> é tratado pela doutrina brasileira como a sede dos serviços públicos. Atribui-se a esse dispositivo a utilização técnica da referida expressão, de modo que o seu domínio normativo alcança as atividades que se consubstanciam como serviços públicos propriamente ditos. No entanto, como visto ao longo deste estudo, o

<sup>411</sup> SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 240.

<sup>412</sup> Sobre a determinação de contratar funcionários por meio de concurso público para todas as empresas estatais (prestadoras de serviço público ou não), tem-se, no âmbito do STF, os seguintes julgados: MS 21.322-DF, SS-AgR 837-ES, AI-AgR 680.939-RS.

<sup>413</sup> Tratando-se do dever de licitar, além da situação já descrita, tem-se AC-MC-QO 1.193-RJ, julgado pelo STF.

<sup>414</sup> MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO\\_MODESTO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO_MODESTO.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2014. p. 05.

<sup>415</sup> 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.

mencionado conjunto de assertivas considera apenas parcialmente a estrutura conceitual disposta na Constituição acerca do instituto em questão.

Tendo em vista a estrutura completa, composta pelos sentidos orgânico, formal e material (esse formado, ainda, por suas acepções ampla e restrita), apenas o que se poderia dizer a respeito do art. 175 é que ele utiliza o termo em análise no sentido material em sua acepção restrita. Além disso, é constitutivo do sentido formal da expressão, pois veicula um regime jurídico atribuível às competências materiais de natureza econômica e cunho prestacional do Estado. A atribuição desse regime jurídico às aludidas competências públicas é a função que o conceito exerce no âmbito da CRFB/1988.

É preciso identificar, nesse momento da pesquisa, os elementos que formam esse regime jurídico dos serviços públicos. Essa abordagem se dará por meio de uma exposição genérica de tal regime jurídico. Dessa maneira, não haverá uma análise aprofundada dos referidos elementos, nem de seus aspectos específicos. Assim, nos centraremos na observação do conteúdo do art. 175 da CRFB/88, com o escopo de apresentar o que entendemos como o núcleo duro do regime jurídico dos serviços públicos em geral.

Inicialmente, como informações preliminares, sabe-se que não há um regime jurídico uniforme que abarque, de maneira completa, todas as atividades qualificadas como serviço público. O que existe é um conjunto de normas que formam o núcleo básico das atividades qualificadas como tal. As normas que formam esse núcleo básico possuem variações de intensidade de acordo com a atividade específica sobre a qual incidem. Logo, o pressuposto aqui adotado é o de que em regra haverá um regime jurídico geral e um especial no que tange aos serviços públicos.

Dissecando o art. 175 da Constituição, verifica-se que a prestação dos serviços públicos (a) incumbe ao Poder Público, (b) se dá na forma da lei, (c) de forma direta ou indireta, por contrato de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação. Observa-se, ainda, que a lei disporá sobre (d) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, (e) o caráter especial do contrato e de sua prorrogação bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, (f) os direitos dos usuários, (g) a política tarifária e (h) a obrigação de manter serviço adequado.

Essa seria a estrutura básica do regime jurídico dos serviços públicos, disposta no art. 175 da Constituição, da qual se depreende que foi conferida ampla margem de liberdade para que o legislador ordinário defina as especificidades desses elementos gerais. De qualquer forma, a eventual inexistência de lei não impediria, por óbvio, a prestação dos serviços públicos. Isso porque se trata de obrigação do Estado relacionada à satisfação do interesse

coletivo (finalidade do serviço público referente à satisfação dos fundamentos e objetivos do Estado e dos direitos fundamentais), cuja regra de competência consta diretamente na Constituição<sup>416</sup>.

Toda essa estrutura básica está construída em torno da prestação de serviço público adequado. Desse princípio, definido em linhas bastante gerais pela Lei 8.987/95, decorre, dentre outros, os deveres de continuidade, universalidade e acessibilidade. O cumprimento desses deveres é que fundamenta, em última instância, a existência dos elementos que formam o regime jurídico dos serviços públicos. Verifica-se, então, que o regime jurídico é estritamente da atividade qualificada como serviço público<sup>417</sup>.

A análise desse regime jurídico dos serviços públicos pode ser realizada a partir de três perspectivas, cujas linhas limítrofes não são claramente delineadas, interpenetrando-se

---

<sup>416</sup> É lógico que a inexistência de lei, por força do princípio da legalidade, norteador da ação do Estado, produziria reflexos no âmbito da prestação dos serviços públicos. No entanto, o que se está a afirmar é que essa omissão legislativa não poderia afetar o usuário, nem prejudicar o cumprimento da finalidade dos serviços públicos ao ponto de impedir a satisfação de direitos fundamentais. Assim, por exemplo, a inexistência de lei municipal tratando dos serviços de transporte público não impediria o Poder Executivo de prestar tal serviço, uma vez que se trata de obrigação constitucionalmente atribuída ao Estado e voltada à satisfação de direitos fundamentais e dos objetivos da República. Em razão disso, a afirmação não afronta o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, porquanto a regra de competência está disposta na Constituição, de modo que o gestor terá a competência de organizar a prestação do serviço público por força do dispositivo constitucional que define o transporte coletivo como serviço público. Contudo, essa omissão legislativa produziria reflexos como a ausência de definição dos meios (lotações, trens etc) que se constituem em transporte coletivo para os fins de enquadramento como serviço público, bem como a ausência de definição específica e precisa do regime jurídico aplicável à atividade. Em outro exemplo, a omissão do legislador, no que concerne ao cumprimento do comando contido no art. 27 da EC 19/98, que visava à regulamentação do art. 175, parágrafo único, II da Constituição, não pode prejudicar os usuários de serviços públicos, nem comprometer, pela incidência direta e irrestrita da legislação geral (Código de Defesa do Consumidor, conforme arts. 4º, VII, 6º, X, 22), o alcance das finalidades para as quais o serviço público foi concebido. Nesse segundo exemplo de omissão do Poder Legislativo, sobressai a importância do papel do Poder Judiciário na definição da maneira como a legislação geral incidirá sobre os aspectos do serviço público que exigem tratamento específico, de modo a encontrar o ponto de equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais envolvidos, ou seja, os direitos fundamentais afetados pela omissão do legislador e aqueles relacionados com a finalidade do serviço público. Seguindo, mas em outra perspectiva, poder-se-ia referir o caso da necessidade, ou não, de lei autorizadora da exploração indireta de serviços públicos. Entendemos que a legislação que atribua o regime jurídico de serviço público à determinada competência material do Estado pode determinar a forma de prestação da atividade, reduzindo a margem de discricionariedade do administrador. Na hipótese de a legislação não tratar do regime prestacional da atividade qualificada como serviço público, a definição competirá discricionariamente ao administrador, com fundamento direto na Constituição. Esse raciocínio está radicado, inclusive, na atual configuração do princípio da legalidade, na linha do já exposto. Nesse cenário, a regra é a possibilidade de delegação dos serviços públicos, que pode ser excepcionada pela legislação ordinária, sempre respeitada a utilização das melhores formas e instrumentos de alcance das finalidades para as quais o serviço público foi constituído.

<sup>417</sup> A preocupação com a atividade qualificada como serviço público, à luz dos deveres cujo cumprimento lhe são inerentes, pode ser percebida na possibilidade que o Poder Público tem de intervir (art. 32 da Lei 8.987/95) e mesmo retomar (art. 35, II, da Lei 8.987/95) o serviço público concedido. Já a preocupação especial com a atividade em detrimento do prestador é verificada, por exemplo, no art. 195 da Lei 11.101/2005 e no art. 35, VI, da Lei 8.987/95, que preveem a extinção do contrato de concessão, com a consequente reversão dos bens ao Poder Concedente (§ 1º do art. 35 da L. 8.987/95), no caso de falência do concessionário de serviço público, ou seja, sem uma proteção especial à entidade em face da crise econômico-financeira. Pode-se dizer que o fundamento dessas disposições é o dever de continuidade da prestação do serviço público, componente do princípio do serviço adequado.

constantemente. A primeira consiste na observação das características que as atividades qualificadas como serviço público possuem. A segunda se dá pela verificação das características que as entidades prestadoras dos serviços públicos adquirem por exercerem tais atividades. A terceira refere-se à identificação das nuances que regulam as relações entre o titular, o prestador e os usuários dos serviços públicos<sup>418</sup>.

O art. 175 da Constituição foi regulado pela Lei 8.987/95, na qual parcela significativa dos elementos jurídicos pertencentes aos três grupos mencionados está disposta. Essa legislação regulamenta o regime jurídico geral dos serviços públicos, com especial atenção aos concedidos e permitidos. Todavia, existem elementos do regime jurídico geral que não estão expressamente consignados na legislação, como aqueles que decorrem de construções jurisprudenciais, por exemplo. Os principais aspectos do regime jurídico geral não positivado correspondem à regulação das entidades que prestam serviços públicos.

No primeiro grupo ter-se-iam os elementos relacionados à reserva da atividade ao Estado. Da titularidade estatal decorreria a existência de privilégio na prestação (ainda que passível de mitigação), relativa à limitação da concorrência. Limitação esta que se dá por meio da exigência de título de delegação para a prestação indireta do serviço e pela maneira como lei regula o regime prestacional da atividade. Ademais, ainda como elemento das atividades definidas como serviço público, tem-se a destinação à coletividade<sup>419</sup>.

A consequência básica decorrente dos elementos que compõem esse primeiro grupo é a de que a atividade não estará inserida em um ambiente de concorrência ordinária, de modo que inexistirão concorrentes diretos ou eles serão definidos pelo titular da atividade, por meio

---

<sup>418</sup> A classificação varia conforme o autor que a apresente. Por exemplo, Fernando Herren Aguillar aduz que há dois grandes temas clássicos quanto ao regime jurídico dos serviços públicos, os quais se relacionam com as regras concernentes à prestação de serviços públicos e as que tratam da forma de exercício da atividade pela iniciativa privada. O primeiro é composto pelas normas que orientam a possibilidade de prestação dos serviços públicos por empresas públicas ou privadas, sendo agrupadas em (a) definição constitucional de competências para o desempenho de atividades econômicas (aqui, o elemento central é a identificação do meio jurídico adequado para criação de serviços públicos); (b) regras para licitação e contratos de concessão e permissão de serviços públicos; e (c) regras de competição no âmbito dos serviços públicos. O segundo grupo é formado por regras (a) gerais e (b) específicas de cada setor. AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35 – 50. Sem discordar da proposta de sistematização apresentada pelo referido autor, entendemos que a nossa classificação reflete melhor a sistematização do regime jurídico dos serviços públicos no âmbito dos pressupostos e posicionamentos adotados neste estudo.

<sup>419</sup> A ausência da dimensão coletiva é um dos fundamentos pelos quais certas atividades são excluídas da competência dos entes da federação, embora sejam enquadráveis na definição do setor reservado ao Estado. Assim, eventual autorização necessária para o exercício da atividade é pertencente ao poder de polícia (ou ainda para o uso de bem público, caso em que o instrumento jurídico poderá ser outro, como, por exemplo, a concessão ou a permissão de uso de bem público), porquanto a atividade, uma vez que não foi reserva ao Estado, pertence à esfera privada. Vários exemplos podem ser citados: o transporte escolar, radio amador, interligação de empresas por meio de fibra ótica, atividade de telecomunicações restritas aos limites de uma mesma edificação (art. 75 da Lei 9.472/97), a pequena produção de energia elétrica para consumo próprio (art. 8º da Lei 9.074/95), transporte turístico de passageiros por barco etc.

de lei e/ou das delegações dos títulos habilitantes à prestação do serviço. Dessa forma, a atividade qualificada como serviço público restringe a livre iniciativa e dimensiona a participação da iniciativa privada<sup>420</sup>.

Em outras palavras, o privilégio decorrente da titularidade estatal da atividade qualificada como serviço público consiste na limitação da concorrência, já que haverá restrição à livre iniciativa e condicionantes à ação da iniciativa privada. A concorrência é limitada em duas perspectivas, a saber: a legal e a administrativa.

Na perspectiva legal, compete à legislação setorial definir a forma de prestação da atividade. No âmbito dessa definição é determinada a proporção da participação dos particulares. Ao determinar essa proporção, a concorrência poderá ser impedida ou permitida. Se for permitida haverá no mesmo setor dois regimes jurídicos prestacionais concorrentes<sup>421</sup>.

Na perspectiva administrativa, a concorrência é definida pelo poder concedente por meio das delegações, havendo a limitação dos agentes que executarão o serviço em regime de serviço público<sup>422</sup>. Nada impede que incidam no mesmo setor as duas perspectivas. Aliás, como regra, ambas estarão presentes na definição da concorrência.

Para ilustrar, pode-se pensar na hipótese de uma atividade atribuída ao Estado pela Constituição, cuja legislação setorial permita, de um lado, que agentes privados em regime próprio exerçam a atividade. Considerando que a atividade é de competência do Estado, o acesso ao setor não é de livre iniciativa. Por isso, necessita-se de uma habilitação. No ponto,

---

<sup>420</sup> Em razão da adoção desse posicionamento, discordamos do entendimento de Vitor Shirato. Esse autor aduz que a regra é a livre concorrência (como faceta da livre iniciativa), quando na verdade a regra é a concorrência limitada pelo titular da atividade, podendo, inclusive, inexistir concorrência, caso a medida seja necessária ao atingimento das finalidades dos serviços públicos. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Principalmente nas p. 29, 185, 189 e 192. A propósito, Itiberê Rodrigues e Gustavo Loureiro afirmam que, por força do art. 175 da Constituição, os serviços públicos foram retirados da livre iniciativa, de modo que os particulares somente podem prestá-los se o poder público decidir conceder a atividade mediante prévia licitação e por meio de um contrato de concessão ou permissão. Ademais, os serviços públicos são atividades que não se submetem ao regime de livre mercado, em razão de sua importância vital para a dignidade da população. Justamente em decorrência dessa importância vital é que tais atividades foram atribuídas ao Estado. Em outros termos, o Estado assume a titularidade dessas atividades de interesse coletivo (e, por isso, afasta-se a livre iniciativa), tendo a obrigação de prestá-las, em decorrência da importância que possuem para a sociedade. Nesse sentido, a fixação, pelo legislador ordinário, de regras baseadas no regime concorrencial, no âmbito dos serviços públicos, constitui-se sempre em exceção decorrente de uma decisão de caráter político-administrativo, mediante a qual se espera que a finalidade (o interesse público formado pelo conjunto de direitos fundamentais a serem efetivados) para a qual o serviço público foi criado seja alcançada. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessão de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 263 – 296, jan./abr. 2013. p. 283 e p. 285 – 288.

<sup>421</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 311 e 314 – 317.

<sup>422</sup> Como regra, às concessões e permissões não serão conferidas caráter de exclusividade, conforme dispõe o art. 16 da Lei 8.987/95. Contudo, isso poderá acontecer quando a lei específica determinar ou permitir, hipótese em que o ato da Administração Pública será vinculado ou discricionário, respectivamente.

manifesta-se a aludida perspectiva legal de limitação da concorrência, como consequência da limitação à livre iniciativa.

Suponha-se, ainda, que ao lado desses agentes privados, a mesma lei setorial determine a atuação direta ou indireta do Estado em regime de serviço público. O Estado, diante dessas possibilidades, opta pela prestação indireta por meio de concessão. Por força do art. 16 da Lei 8.987/95, a atividade é delegada a mais de um concessionário, mas em quantidade definida pelo Poder Concedente. No ponto, manifesta-se a perspectiva administrativa da limitação à concorrência, como consequência da limitação à livre iniciativa (aqui, poderia ocorrer limitação, inclusive, à iniciativa privada, caso a prestação fosse direta).

Com efeito, existem atividades que concorrem, em certa medida, com os serviços públicos. Essa circunstância, porém, não altera em absolutamente nada a afirmação de que a qualificação de uma atividade como serviço público limita a livre iniciativa e dimensiona a participação da iniciativa privada. Isso porque o exercício de um serviço público exigirá a existência de título jurídico que habilite a ação do particular<sup>423</sup>.

As atividades que de alguma forma concorrem com serviços públicos existem e são eventualmente livres à iniciativa privada porque a lei permite. Essa permissão legal equivale a um procedimento por meio do qual o legislador ordinário, ao dimensionar o regime jurídico específico, afastou certas atividades da qualificação como serviço público, ou, ainda, do conteúdo da competência material atribuída ao Estado, conforme se verá com um pouco mais de atenção ainda neste estudo<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> Observe-se, por exemplo, o caso das telecomunicações. De acordo com o art. 63 da Lei 9.472/97, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos ou privados, salientando em seu parágrafo único que no regime de direito público a prestação se dá mediante concessão ou permissão, com a atribuição de obrigações de universalização e de continuidade. Há, portanto, a classificação da atividade como serviço público e o dimensionamento da participação dos particulares, a qual é permitida mediante autorização (art. 131), podendo os particulares concorrer com o serviço público somente porque a lei possibilita (e na exata medida em que a lei possibilita), e mesmo assim apenas com o recebimento de um título que os habilite.

<sup>424</sup> Fenômeno que ilustra a primeira circunstância (dimensionamento do regime jurídico) acontece com a geração de energia elétrica, a qual pode ser produzida em regime de serviço público ou de direito privado (como é o caso do produtor independente de energia elétrica). Outro exemplo seria o do já citado setor de telecomunicações, oferecido em regime de serviço público e de direito privado. No que concerne à segunda circunstância (exclusão do conteúdo da competência material do Estado), tem-se as atividades privadas que se aproximam bastante de atividades qualificadas como serviço público, exercendo, de alguma forma, concorrência. Seria o caso, conforme afirma Vitor Rhein Schirato, de atividades de entregas de mercadorias e documentos por *motoboy* em face de atividades de correio, e, ainda, a aquisição de água a granel em face do serviço de saneamento básico, bem como, também, da comercialização de gás em botijões em face do serviço de gás canalizado. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 26 e p. 218. Os exemplos corroboram os argumentos constantes em nosso trabalho, infirmando a possibilidade de livre concorrência nos serviços públicos sustentada pelo mencionado autor. Isso porque as aludidas atividades simplesmente ficaram fora da definição da competência material do Estado, sendo, portanto, alocadas no lado privado da *summa divisio*. O conceito de saneamento básico, de acordo com o art. 3º, I, da Lei 11.445/2007, é muito mais amplo que o fornecimento de água, envolvendo, necessariamente, a utilização de infraestruturas e instalações. Quanto à atividade dos denominados *motoboys*,

Os títulos jurídicos que possibilitariam aos particulares o exercício de atividades de competência do Estado são, basicamente, três, a saber: autorização, concessão e permissão. No entanto, somente os dois últimos estão previstos no artigo 175 da Constituição como meios de prestação indireta dos serviços públicos. No ponto, cumpre identificar o significado da ausência da autorização no dispositivo citado, embora previsto como meio de exploração de atividades de competência do Estado, qualificáveis como serviço público<sup>425</sup>.

A ausência de uniformidade no emprego dos instrumentos mencionados e no conteúdo do termo autorização geraram entendimentos doutrinários dissonantes – e nem sempre radicados no texto constitucional – acerca da função da autorização. Essa ausência de sistematicidade, doutrinária e constitucional, dificulta a compreensão da autorização como instrumento de exploração indireta de atividades de competência da União.

---

vale a mesma afirmação de que a atividade não está contemplada no conteúdo da competência material de cunho prestacional e natureza econômica da União para manter o serviço de correio. De um lado porque a discussão é semelhante a que aconteceu no julgamento da ADPF 46, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que foi redimensionado o conteúdo da competência material da União (e, por consequência, da ECT); de outro, porque as atividades de *motoboy* possuem uma área de abrangência territorial muito menor que a dos correios. Por fim, o caso do gás, semelhante ao da água, é resolvido pela leitura do texto constitucional que se refere, em seu art. 25, § 2º (e no art. 177, IV, que menciona transporte “por meio de conduto”), expressamente ao “gás canalizado”, afastando o gás em botijão da competência estatal.

<sup>425</sup> Vale mencionar que, nesse estudo, não se ingressará no debate acerca da distinção entre concessão e permissão, partindo-se do pressuposto de que são formas contratuais, precedidas de licitação, por meio das quais o Estado explora indiretamente os serviços públicos. Sobre as tradicionais diferenças apontadas entre permissão e concessão, conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 776 – 787. Esse autor entende, com base na tradição, que a permissão é um ato unilateral e precário, cuja outorga não conferiria direito ao permissionário em face do Estado (dentro o que se inclui a ausência de indenização no caso de revogação unilateral), cabível em certas hipóteses. A partir daí, aduz que o art. 175, parágrafo único, I, da Constituição possui evidente imprecisão técnica, ao utilizar a palavra “contrato” para fazer referência à concessão e à permissão. O defeito redacional decorreria, na visão do citado autor, do fato de que se o texto nominou dois institutos é claro que pretendeu os distinguir, não podendo o fazer se eliminasse os elementos que tradicionalmente os diferenciavam. Assim, na medida em que a tradição distinguiu tais institutos justamente nos traços de unilateralidade e precariedade da permissão em face da contratualidade – e as garantias daí decorrentes – da concessão, a Constituição não poderia, com o propósito de diferenciá-los, eliminar tais características. Discorda-se dessa linha de raciocínio. Entendemos que as diferenças entre os institutos devem ser buscadas na legislação ordinária. De fato, a redação do dispositivo mencionado sugere que os institutos são diferentes. Contudo, os elementos que os diferenciam devem ser encontrados na legislação que os rege e não na tradição (saliente-se, no ponto, que a própria legislação pode tratar a permissão de forma diversa, desde que respeite os preceitos constitucionais, conforme a matéria que esteja regulando, como acontece no âmbito das leis 9.472/97 e 8.987/95). Depois, nada impede que, a partir da Constituição de 1988, concessão e permissão sejam espécies distintas de contratos administrativos voltados à exploração indireta de serviços públicos, cuja diferenciação não está nos elementos apontados pela tradição. Nesse sentido, da leitura da lei 8.987/95 (em especial os arts. 2º, IV, e 40) depreende-se como características típicas da permissão a outorga (a) a pessoa física, (b) a título precário, (c) por meio de qualquer modalidade de licitação e (d) mediante contrato de adesão. Sobre as características da permissão, conferir: MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016. p. 03.

A falta de sistematização doutrinária pode ser observada na produção de explicações teóricas completamente opostas entre si<sup>426</sup>. Já a não uniformização constitucional do tema pode ser vista no fato de os instrumentos de delegação referidos não aparecerem em conjunto sempre<sup>427</sup> e, também, nas diversas destinações atribuídas ao termo “autorização”, no âmbito da Constituição<sup>428</sup>.

A rigor, a presença da autorização no art. 21, XI e XII, por exemplo, reforça o entendimento defendido nesse estudo de que o legislador ordinário pode atribuir a determinadas atividades previstas nos mencionados dispositivos o regime jurídico de direito privado<sup>429</sup>. Assim, certas competências materiais do Estado serão exercidas pelo regime jurídico de direito privado disposto no art. 173 (e, portanto, sem se tornarem de forma alguma pertencentes à esfera privada, ou seja, atividades econômicas em sentido estrito)<sup>430</sup>. A delegação desse título poderá ser vinculada ou discricionária<sup>431</sup>.

<sup>426</sup> De acordo com Fernando Herren, há três possibilidades de se compreender a autorização prevista no art. 21, XI e XII, da Constituição, quais sejam: (a) a autorização não é modalidade de delegação de serviços públicos, uma vez que não está prevista no artigo 175; (b) houve um erro na introdução do instrumento em questão como modalidade de delegação de certos serviços públicos; (c) a presença da autorização indica que certas atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 e no art. 223 podem ser prestadas sob o regime jurídico de direito privado, tornando-se, conforme afirma o autor, uma atividade econômica em sentido estrito. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 343. No mesmo sentido, afirmando que a autorização prevista no art. 21, XI e XII indica a existência de atividades pública e privadas dentro nos setores ali elencados, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 740 e p. 843 - 844. Na linha do que afirmamos no texto, concordamos em parte com a terceira possibilidade elencada. Nossa discordância se dá pela consequência que o autor extrai da afirmação de que certas competências públicas poderiam ser prestadas sob o regime jurídico de direito privado, ou seja, que a atividade se tornaria econômica em sentido estrito, pertencendo, portanto, ao domínio privado. A rigor, são coisas diferentes. Defendemos que é plenamente possível que uma competência material atribuída ao Estado (e, por isso, pertencente à esfera pública) possa ser prestada sob o regime jurídico de direito privado.

<sup>427</sup> Assim, a Constituição menciona a concessão e a permissão nos arts. 175 e 30, V; já no art. 21, XI e XII, e 223, *caput*, a Constituição refere a concessão, a permissão e a autorização; nos arts. 25, § 2º, e 49, XII, a Constituição utiliza apenas o termo concessão.

<sup>428</sup> Por óbvio, a autorização referida no art. 170, parágrafo único, não é a mesma constante no art. 21, XII, da Constituição de 1988, por exemplo. No primeiro caso, está-se diante de um mecanismo oriundo do poder de polícia incidente sobre atividades pertencentes à esfera privada. No segundo caso, está-se diante de um mecanismo por meio do qual a União explora indiretamente atividades de sua competência.

<sup>429</sup> PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.978/95: conceitos e princípios**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 140.

<sup>430</sup> Vale ressaltar que é possível que a autorização prevista como forma de exploração indireta das competências materiais do Estado seja utilizada pelos demais entes da federação, desde que previsto em suas constituições estaduais e leis orgânicas. A menção à autorização apenas no âmbito das competências materiais da União deve-se ao fato de que as competências materiais dos outros entes federativos não foram elencadas de modo taxativo. Nesse sentido, o que se tem, por força expressa do texto constitucional em matéria de competências materiais dos demais entes da federação, é que a exploração indireta dos serviços de gás canalizado somente pode se dar por meio de concessão (seja qual for o regime jurídico escolhido para tal exploração) e que os serviços públicos estaduais (art. 175) e municipais (art. 30, V, e 175) só podem ser explorados indiretamente por meio de concessão ou permissão. No mesmo sentido, conferir: SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 154 – 155.

<sup>431</sup> É o que acontece no âmbito das telecomunicações, conforme consta nos arts. 131 a 144 da Lei 9.472/97. No âmbito dessa atividade há claramente a possibilidade de exercício da competência pública em assimetria de regime, ou seja, a prestação se dá, simultaneamente, em regime de direito público e de direito privado (art.



O papel do instrumento em tela é autorizar que particulares, de acordo com o dimensionamento legal, exerçam uma atividade pertencente ao Estado. Nesse sentido, a autorização serve para que o Estado explore indiretamente a sua competência sob o regime jurídico do art. 173, ou para que permita o exercício de tais atividades por particulares, potencializando o ambiente de proximidade ao mercado<sup>432</sup>.

Logo, a concessão e a permissão seriam reservadas à exploração indireta das atividades qualificadas como serviços públicos. A autorização, por seu turno, seria reservada às atividades que recebessem regime de direito privado, inexistindo a obrigatoriedade de o legislador exigir licitação para outorga de autorização<sup>433</sup>.

Os serviços prestados sob esse regime jurídico de direito privado, seguindo a tradição legislativa, doutrinária e jurisprudencial brasileira, observada no capítulo precedente, poderiam ser denominados de “serviço de utilidade pública”. No entanto, tal conceito não equivale ao oriundo da tradição norte-americana, considerando a titularidade estatal da atividade. Tratar-se-ia de “serviços de utilidade pública à brasileira”. Como já dito, o serviço de relevância pública de saúde é o caso constante no texto constitucional que mais se aproxima da noção norte-americana de serviços de utilidade pública<sup>434</sup>.

Já no segundo grupo estariam a sujeição ao regime de responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição) e as limitações e privilégios de fazenda pública, variando de acordo com a forma direta ou indireta da prestação. Esse grupo se subdivide em duas facetas, pois os regramentos não se aplicam de forma idêntica às concessionárias e/ou permissionárias, de um lado, e às entidades outorgadas ou consorciadas, de outro.

65). Nesse ambiente, a autorização para o ingresso de agentes privados é ato administrativo vinculado (art. 131, § 1º), que exige alguns requisitos objetivos (art. 132).

<sup>432</sup> Sobre o tema, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 311 – 317. Ver, também, FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86. Conferir, ainda: LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 246, p. 112 – 135, set./dez. 2007. Essa autora crítica o regime jurídico formatado para as autorizações no setor elétrico, em razão da existência de obrigações equivalentes às concessões, sem a previsão de garantias correspondentes.

<sup>433</sup> Aliás, é o que acontece com os serviços de telecomunicações, os quais são classificados como públicos e privados. Quando classificados como serviços públicos, a exploração acontece mediante concessão ou permissão (art. 64, parágrafo único); já quando classificados como privados, a exploração acontece mediante autorização (art. 131).

<sup>434</sup> Em sentido diverso, conferir: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. t. 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2206 e p. 2210. O autor refere que a menção à autorização no art. 21, XI e XII, da Constituição indica, a partir de uma abordagem histórica, que o legislador poderia qualificar algumas das atividades elencadas nesses dispositivos como serviços de utilidade pública, ou seja, atividades de livre iniciativa submetidas a uma regulação mais rígida e controladora do Estado. Discordamos desse posicionamento, na linha do que já expusemos ao longo do trabalho.

Como mencionado, o Estado pode prestar os serviços públicos de forma direta ou indireta. A prestação direta se dá por meio de entidades pertencentes à estrutura administrativa (direta ou indireta) do titular do serviço, ou, ainda, na modalidade cooperativa entre entes federados do Estado<sup>435</sup>. Já a prestação indireta se dá por meio da realização de contratos de concessão ou permissão, precedidos de licitação, com a iniciativa privada ou com empresas estatais pertencentes a entes da federação diversos do titular do serviço.

Na hipótese de os serviços públicos serem prestados por órgãos públicos ou por entidades de direito público, como fundações públicas de direito público e autarquias, não há grandes questões a serem debatidas, para os propósitos deste estudo. Isso porque o regime jurídico aplicável a esses órgãos e entidades já é naturalmente de direito público, em sua integralidade.

Nesse caso, por exemplo, haveria obrigação de licitar tanto no âmbito da atividade-meio quanto no da atividade-fim. Além disso, inexisteriam dúvidas quanto ao regime jurídico dos bens utilizados por tais órgãos ou entidades, independentemente de sua destinação direta ao oferecimento do serviço público.

Por outro lado, a prestação dos serviços públicos por entidades de direito privado merece algumas considerações. O regime jurídico delas é influenciado pela atividade exercida. Lógico que as entidades estatais de direito privado que prestam serviços públicos de forma direta não sofrem as mesmas influências que as permissionárias ou concessionárias de serviços públicos, embora alguns elementos de seus regimes jurídicos coincidam.

O regime jurídico das empresas estatais, por intermédio das quais o Estado preste diretamente os serviços públicos, pode ser formado por privilégios e prerrogativas de direito público que exorbitam o regime de direito privado<sup>436</sup>. A construção desse regime jurídico

---

<sup>435</sup> Cumpre ressaltar que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível a prestação direta de serviços públicos por meio de entidades privadas que apenas executam materialmente o serviço (ex.: coleta de lixo). Esse caso seria diferente da prestação indireta, pois inexistiria a transferência de poderes públicos, mantendo-se o Estado como sujeito diretamente relacionado aos usuários. Por isso, quem cobra pela prestação do serviço é Poder Público, que, com esse valor, contrapresta o particular contratado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 721. Não obstante, discordamos desse posicionamento. A rigor, mesmo que a modalidade de contraprestação pelo serviço executado pelo contratado privado não se dê por meio do recebimento de tarifas, mas sim por meio de um valor pago diretamente pelo Poder Público, o fato de que não será o Estado que estará prestando o serviço permanece inalterado. Por conseguinte, a prestação é indireta porque prestador do serviço não pertence à estrutura do ente federativo titular do serviço.

<sup>436</sup> Situação bastante diversa acontece com as empresas estatais que, ao intervirem no domínio econômico, prestam atividades pertencentes à livre iniciativa. Essas entidades têm seu regime jurídico o mais próximo quanto o possível das empresas privadas (salientando que subsistem obrigações de direito público, tais como o dever de licitar no âmbito da atividade meio, o dever de contratar por meio de concurso público, a obrigação de respeito ao teto remuneratório no caso de recebimento de verba pública para o adimplemento da folha de pessoal etc.). Dessa forma, possuem obrigações fiscais, civis, trabalhistas e obrigacionais idênticas às empresas privadas. Nesse sentido, é reiterada a orientação do STF, como se vê, por exemplo, nos seguintes

exorbitante do direito privado se deu – e ainda se dá – jurisprudencialmente, embora devesse constar, em atenção ao princípio da legalidade, na Constituição ou na legislação ordinária<sup>437</sup>.

De qualquer forma, esse conjunto de prerrogativas é decorrente do regime jurídico da atividade qualificada como serviço público. Assim, para cumprir com os deveres de continuidade e universalidade remissíveis, em última análise, ao princípio do serviço adequado, as entidades que prestam os serviços públicos devem possuir determinados privilégios de fazenda pública.

Esses privilégios de fazenda pública consistem, basicamente, na impenhorabilidade de bens (e no conseqüente regime de execução por precatório)<sup>438</sup> e na imunidade tributária. A aplicação desses privilégios ao regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público sofre restrição em duas perspectivas.

A primeira está situada no âmbito das empresas estatais que, agindo como entidades privadas, são contratadas, por concessão ou permissão e mediante licitação, para prestar serviço público de competência de outro ente federativo titular do serviço. Nessa hipótese, as empresas estatais, tanto quanto os concessionários e permissionários particulares, não têm, como regra, o seu regime jurídico composto pelos aludidos privilégios<sup>439</sup>.

julgados: o RE 172.816, o RE 96.879, o RE 85.575, bem como a ADI 1.552. Além desses, outros julgados reforçam a distinção entre os regimes jurídicos das empresas estatais que prestam serviços públicos e das empresas estatais que exercem atividade econômica em sentido estrito, como, por exemplo, o RE 424.227 e o RE 407.099.

<sup>437</sup> Como exemplos de empresas estatais que operam sob esse regime jurídico especial, poder-se-ia citar a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT), sobretudo com o julgamento da ADPF 46 (mas lembrando de julgados como RE 230.072, RE 407.099, RE 220.906 e 225.011, entre outros). Cumpre ressaltar, contudo, que a distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis às empresas estatais que prestam serviços públicos e as que empreendem atividades econômicas em sentido estrito não está consolidada no âmbito do STF. Nesse sentido, veja-se o caso da empresa pública Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA). No julgamento do RE 356.711, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, por maioria de votos (vencido o Min. Celso de Mello), entendeu-se que a execução contra a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), que na ocasião era uma autarquia (situação que se modificou por conta da entrada em vigor da Lei 12.815/13), deveria ser realizada por meio de precatório. Em seu voto, o Ministro Relator rememorou o entendimento do STF no sentido de que as execuções contra empresas públicas prestadoras de serviço público deveria se dar por meio de precatório. Por outro lado, no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 473.310 (que ainda não transitou em julgado em razão da oposição de embargos de divergência pela APPA) foi decidido, por maioria, que as empresas públicas (e, também, as sociedades de econômica mista) não poderiam se beneficiar do regime de precatórios, porquanto, segundo entendimento do relator e condutor do voto vencedor (Min. Marco Aurélio), submetidas ao regime jurídico de direito privado, conforme disposto no art. 173, § 1º, II, da Constituição, sendo esse o caso da APPA. O voto divergente foi exarado pelo Min. Edson Fachin, para quem há plena possibilidade de submissão das empresas públicas prestadoras de serviço público ao regime de precatórios, adotando o entendimento fixado no RE 203.051, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, relativo aos correios, por entender que a ECT e a APPA estão na mesma situação.

<sup>438</sup> Vale ressaltar que o cumprimento dos deveres do serviço público torna públicos os bens utilizados em sua prestação. Essa qualificação dos bens como públicos fundamenta a possibilidade de reversão, do mesmo modo que fundamenta a impenhorabilidade dos mesmos bens. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 780 – 782.

<sup>439</sup> Como exemplo da referida assertiva, tem-se o art. 17 da Lei 8.987/95, segundo o qual: “art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não

A segunda é definida pela existência de concorrência no setor. Desse modo, as características de fazenda pública deverão ser afastadas se a lei definidora do regime jurídico da atividade qualificada como serviço público permitir ou exigir que a prestação se dê concorrencialmente. Esse afastamento acontece principalmente quando as características de fazenda pública não representam proteção proporcional às obrigações de serviço público<sup>440</sup>.

No primeiro caso, seria possível mencionar, como exceção à regra descrita, a aplicação de características de fazenda pública incidentes sobre os bens voltados à própria prestação do serviço público. Como exemplo, vale citar a impenhorabilidade dos bens destinados à prestação do serviço público. Na segunda hipótese, os benefícios e prerrogativas de fazenda pública somente podem existir se forem extensíveis a todos os concorrentes do setor.

No âmbito da prestação direta e indireta dos serviços públicos, pode-se cogitar de uma forma híbrida de ação do Estado no âmbito econômico. O hibridismo é uma característica existente sob a perspectiva da *summa divisio*, dado que, sob a ótica orgânica, verifica-se o Estado prestando um serviço público.

A prestação direta se dá por meio do associativismo previsto no art. 241 da CRFB/88, em que o ente da federação titular da atividade presta o serviço em conjunto com outro(s) ente(s) da federação. Nesse caso, o regime jurídico da atividade e do prestador são totalmente públicos, tal como a prestação direta do serviço por órgão ou entidade de direito público<sup>441</sup>.

---

estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes. § 1º Considerar-se-á, também, desclassificada a proposta de entidade estatal alheia à esfera político-administrativa do poder concedente que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios do poder público controlador da referida entidade. § 2º Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes”. O artigo transcrito determinada que a empresa estatal pertencente à esfera da federação diversa do titular do serviço público será desclassificada se sua proposta depender de vantagens especiais em face dos demais licitantes.

<sup>440</sup> Nesse sentido, ver: RE 599.628, cujo relator para o acórdão foi o Min. Joaquim Barbosa.

<sup>441</sup> Para aprofundar o estudo do tema do associativismo na prestação dos serviços públicos estatais, ver: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessão de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 263 – 296, jan./abr. 2013. Dois pontos sobre esse tema merecem destaque. O primeiro é a não exigência de realização de licitação, com base, principalmente, no art. 24, XXVI, da Lei 8.666/93, mas também porque nessa hipótese inexistia justificativa para a realização do certame, na medida em que o procedimento só se legitima em nome da proteção ao princípio da impessoalidade. Esse princípio ficará ileso no caso de consórcio ou convênio entre entes públicos, porquanto a relação se dá de forma interna ao Estado e, por isso, o serviço público é gerido pelo próprio poder público. O segundo é possibilidade de realização de gestão associada dos serviços públicos entre entes da administração direta e da indireta, uma vez que compõem a Administração Pública, conforme dispõe o art. 37 da Constituição de 1988. Assim, a norma constante no art. 241 da Constituição deve ser lida em consonância com o art. 37. Nessa hipótese, uma empresa estatal não estaria agindo como uma empresa privada, evidentemente. As formas de concessão relativas ao associativismo são denominadas por Marçal Justen Filho como “concessões impróprias”, cujo regime jurídico não coincide com o da concessão própria de serviço público. As concessões realizadas a empresas estatais atuantes como particulares se qualifica como concessão própria de serviço público. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.p. 766 - 770.

Já a prestação indireta se daria por meio de participação da empresa estatal (como se fosse uma empresa comum e em igualdade de condições com as empresas privadas participantes) em certame licitatório para delegação de atividade de outro ente da federação. A entidade estatal de direito privado possuiria regime jurídico equivalente ao das entidades particulares, não podendo possuir vantagens ou subsídios não extensíveis à iniciativa privada, conforme art. 17, § 1º, da Lei 8.987/95<sup>442</sup>.

Os particulares que prestam os serviços públicos em regime de concessão ou permissão mantêm seu regime jurídico de direito privado. No entanto, a atividade prestada exerce influência sobre o referido regime jurídico. Dessa maneira, essas entidades possuem algumas prerrogativas e benefícios de fazenda pública. É o caso da prerrogativa de efetuar desapropriações, bem como do benefício de impenhorabilidade dos bens qualificados como públicos e reversíveis ao final do contrato, por sua destinação ao oferecimento da atividade.

Outra matéria que compõe esse segundo grupo é a responsabilidade civil objetiva do Estado, que é tratada no art. 37, §6º, da CRFB/88. No que importa a este ponto do trabalho, cumpre dizer que o dispositivo se aplica às entidades que prestam, de forma direta ou indireta, serviços públicos. Por esse motivo, o regramento em questão pertence ao regime jurídico geral dos serviços públicos.

A inserção do tema no segundo grupo, e não no terceiro, deve-se ao fato de que a responsabilização objetiva das entidades prestadoras de serviços públicos é aplicada a eventos que atinjam pessoas não usuárias. Assim, os prestadores de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos que causarem a usuários e a terceiros<sup>443</sup>.

No terceiro grupo, inserir-se-ia a imposição de que o serviço prestado seja adequado, a imposição de existência de uma política tarifária, as obrigações legais entre o prestador e o titular do serviço público, a proteção jurídica do usuário e de seus direitos em face do prestador e do titular do serviço público<sup>444</sup>.

Por conseguinte, esse terceiro grupo é composto pelas normas relativas às posições ocupadas pelos agentes inseridos nas relações jurídicas instauradas no âmbito da prestação dos serviços públicos. Em outras palavras, o aspecto do regime jurídico dos serviços públicos

---

<sup>442</sup> Contrariamente, Eros Grau entende que para a concessão de atividade de titularidade de um ente da federação para outro, embora se trate de concessão, não é necessária a realização de licitação, pois o art. 175 da Constituição trata de concessões ou permissões a pessoas estranhas ao Estado. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 144 – 145. Por força da ausência de tal discriminação no referido artigo, discordamos desse posicionamento.

<sup>443</sup> Sobre o tema, conferir RE 591.874, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

<sup>444</sup> Em especial aquelas previstas na Lei 8.987/95 e na legislação setorial específica da atividade qualificada como serviço público e delegada a uma entidade de direito privado.

em análise é relativo aos direitos, às obrigações, aos poderes e aos encargos do Estado, do concessionário ou permissionário e dos usuários, de acordo com as suas respectivas posições em relação aos serviços públicos.

Está inserido no âmbito desse terceiro grupo o dever de prestação de serviço adequado, o que, em linhas gerais, significa a satisfação das condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária (conforme art. 6º da Lei 8.987/95). Tais condições são especificadas nas leis setoriais de cada serviço, em conjunto com as demais normas pertinentes (como, por exemplo, as oriundas dos órgãos reguladores), bem como nos contratos de concessão ou permissão.

Também consta nesse grupo a determinação de existência de política tarifária. Dessa determinação é possível extrair algumas consequências. A principal delas é a possibilidade (e não obrigação<sup>445</sup>) de o Estado dispor (fixando, limitando ou controlando) sobre o valor da contraprestação pelos serviços públicos. Ao dispor sobre tal valor, o Estado deve observar os direitos dos usuários (modicidade tarifária, ou menor custo pela utilização do serviço) e o dos prestadores (equilíbrio econômico-financeiro do contrato).

Por fim, consta nesse mesmo grupo, ainda, os regramentos decorrentes das relações jurídicas existentes entre Poder Concedente, concessionário ou permissionário e os usuários. Na hipótese de prestação direta do serviço público à coletividade, a relação instaurada é bilateral, colocando o Estado (titular e prestador do serviço público), de um lado, e os usuários, de outro. No caso de prestação indireta dos serviços públicos, por meio de concessão ou permissão, a relação jurídica instaurada se torna mais complexa, sendo trilateral, pois envolve o Estado, o concessionário ou permissionário e os usuários<sup>446</sup>.

Embora o legislador não tenha cumprido o comando contido no art. 27 da EC 19/98, existem algumas regras esparsas de proteção do usuário do serviço público, como é o caso dos arts. 7º e 8º da Lei 8.987/95 e da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC). Os

---

<sup>445</sup> Nesse particular, vale referir o setor aéreo, cujo regime tarifário é pautado pela liberdade.

<sup>446</sup> A rigor, se poderia dizer que a relação jurídica instaurada a partir da delegação de um serviço público é duplamente bilateral (ao lado da aludida trilateralidade), pois existiriam aspectos jurídicos específicos relacionados estritamente à relação entre o Poder Concedente e o concessionário ou permissionário do serviço público, bem como existiriam aspectos jurídicos específicos relacionados estritamente à relação jurídica entre o concessionário ou permissionário e os usuários do serviço público. Essa dupla dimensão das relações jurídicas existentes no âmbito dos serviços públicos delegados (trilateralidade e dupla bilateralidade) não altera substancialmente os elementos considerados como pertencentes ao regime geral dos serviços públicos (os direitos, deveres, poderes e encargos concernentes ao âmbito de cada uma das relações bilaterais apontadas pertence ao seu respectivo regime jurídico específico). Por esse motivo, não será dada maior atenção ao regime jurídico de cada uma das relações bilaterais existentes nos serviços públicos concedidos. Então, manteremos nossa análise na perspectiva da trilateralidade, com especial atenção aos elementos que compõem o regime jurídico geral dos serviços públicos. Para uma análise mais ampla acerca do regime jurídico dos serviços públicos concedidos, conferir JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 747 – 772.

mencionados dispositivos não representam um conjunto completo de meios de proteção dos direitos dos usuários, considerando que se limitam a assegurar o direito ao serviço adequado, à informação e a opções de datas para vencimento de débitos. Diversamente, o CDC apresenta uma estrutura protetiva bem mais completa, mas construída sob uma lógica de direito privado.

A lógica em que o CDC está assentado torna controversa a sua incidência plena às relações oriundas do serviço público. A CRFB/88 distingue as figuras do usuário e do consumidor, inserindo-as em esferas diversas da ordem econômica. A primeira se relaciona à esfera privada da ordem econômica (conforme art. 170, V). A segunda diz respeito à relação entre o indivíduo e Estado (art. 37, § 3º) no âmbito dos serviços públicos em sentido amplo, no que se insere a esfera pública da ordem econômica (conforme art. 175, II).

Logicamente que um dos elementos do regime dos serviços público é a existência de mecanismos específicos de proteção dos usuários. Na ausência desses mecanismos específicos aplica-se o CDC, considerado nesse contexto de serviço público no qual está inserido<sup>447</sup>. Dessa maneira, as disposições constantes no diploma legal em questão devem ser cotejadas com as normas de direito público, gerais e especiais, que regem os serviços públicos<sup>448</sup>.

Dito isso, cumpre salientar que o CDC, por força de suas próprias disposições (principalmente os arts. 2º e 3º, §2º), incide apenas aos serviços públicos especificamente remunerados pelos usuários, ou seja, somente aos serviços público *uti singuli* e remunerados, afastando os *uti universi* e os gratuitos<sup>449</sup>.

---

<sup>447</sup> A propósito, para uma análise mais aprofundada da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, conferir: BASSEGIO, Roberta Bagatini. Tratamento jurídico da proteção e defesa do usuário de serviços públicos. **Direito do Estado – novas tendências**, Porto Alegre, v. 4, n. 07, p. 639 – 662, out. 2005. p. 660 – 661. A autora aduz que a aplicação do CDC aos serviços públicos se dá por analogia, encontrando limites nas normas de direito administrativo, especificamente elaboradas para regular os serviços públicos. Dessa forma, em caso de conflito deveriam prevalecer as normas de direito administrativo. Entendemos, contudo, que a solução desses conflitos normativos perpassa, necessariamente, pela análise do caso concreto e pelo uso dos outros mecanismos de solução de conflitos normativos, tal como o critério hierárquico. Ademais, a aplicação não seria propriamente analógica, considerando que o art. 7º da Lei 8.987/95 menciona a incidência do CDC no âmbito dos serviços públicos.

<sup>448</sup> Vale referir a ADI 3.343, cujo relator para o acórdão foi o Min. Luiz Fux, e a ADI 4.083, de relatoria da Min. Carmem Lúcia. Na ADI 3.343, declarou-se inconstitucional lei estadual que proibia a cobrança da tarifa de assinatura básica pelas concessionárias prestadoras de uma série serviços, dentre os quais energia elétrica e outros relacionados a telecomunicações. O fundamento principal da decisão foi o de que, a despeito da competência concorrente para legislar sobre direito do consumidor, a cobrança da tarifa mínima está inserida em um contexto de política tarifária no âmbito dos poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público (art. 175, parágrafo único, III, da Constituição). Na ocasião, fez-se a distinção entre usuário e consumidor, afirmando-se a competência concorrente para tratar dos direitos dos segundos não pode reduzir o conteúdo teleológico do primeiro, cujo regime jurídico, além da referência específica no art. 175, parágrafo único, II, é norteador pela cláusula de solidariedade social (art. 3º, I, da Constituição). Já no julgamento da ADI 4.083, asseverou-se que, mesmo com base no direito do consumidor, lei local não poderia impor à concessionária de serviço federal obrigações não previstas no contrato firmado com o Poder concedente.

<sup>449</sup> Sobre as demais correntes existentes acerca da incidência do CDC aos serviços públicos, conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 340 – 347.

#### 4.1.3 Análise acerca do disposto no art. 177 da Constituição de 1988

Este tópico não tem o escopo de conceituar, ou mesmo descrever, o que é monopólio do ponto de vista do direito econômico (nem muito menos da ciência econômica). O objetivo desta abordagem consiste apenas no enfrentamento da forma como a Constituição dispõe sobre a estrutura normativa incidente sobre os monopólios estatais, limitando-se à análise do regramento consubstanciado no art. 177<sup>450</sup>.

Da leitura do referido dispositivo, percebe-se a substancial alteração do seu conteúdo normativo em comparação com os textos constitucionais anteriores e com a abordagem doutrinária sobre o assunto. De um lado, porque a Constituição de 1988 não tratou do tema como uma competência atribuída ao Estado (poder de monopolizar), nem como o resultado do exercício de uma competência (atividade sobre a qual incidiu o ato de monopolizar), mas sim por meio da enunciação de um rol de atividades que se constituem em monopólios. De outro, porque a Constituição abordou em dispositivos separados a intervenção do Estado no domínio econômico por participação e a prestação de serviço público.

As constituições anteriores tratavam os monopólios sob a perspectiva do resultado do exercício de uma competência do Estado. Assim, a competência para monopolizar era prevista nas Constituições, sendo o seu exercício balizado por determinados requisitos (de ordem material e formal) e, depois, por limites indicados pelo texto constitucional de 1967.

Já no âmbito na Constituição de 1988 o tema é tratado a partir de um conjunto de atividades que se caracterizam – ou são caracterizadas – como monopólios. Isso sugere que a criação de um monopólio só pode ocorrer pela ampliação do rol previsto no texto constitucional, mediante emenda que o altere<sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

<sup>451</sup> Corroborar essa assertiva, por exemplo: EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 63 – 76, out./dez. 1993. p. 69. No mesmo sentido, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 34. Vale ressaltar alguns pontos acerca dos monopólios, com o escopo de esclarecer o posicionamento que se adota sobre o tema neste estudo. Como dito, discorda-se do posicionamento de Eros Grau sobre a intervenção do Estado no domínio econômico por absorção. Isso porque, para o autor, a lei mencionada no art. 173 poderia, ao permitir a ação estatal em atividade econômica pertencente à esfera privada (com base, evidentemente, em imperativos de segurança nacional e/ou relevante interesse coletivo), avocar toda a atividade para o Estado, monopolizando-a. Além disso, o autor considera



O referido dispositivo (em conjunto com o art. 21, XXIII<sup>452</sup>) contém um rol de competências materiais atribuídas à União como monopólios, razão pela qual não é possível tratá-las como exemplos de intervenção do Estado no domínio econômico. Os monopólios constituem-se em atuação do Estado, pois denotam o exercício de tarefas de sua titularidade, não pertencentes, portanto, ao domínio privado. Nessa perspectiva, não há umnexo, direto e necessário, entre os monopólios e os regimes jurídicos dispostos nos artigos 173 ou 175, da Constituição<sup>453</sup>.

Importa observar que as noções de monopólio e de serviço público (e o mesmo vale para as competências materiais, de cunho prestacional e natureza econômica, exercidas pelo Estado em regime jurídico de direito privado) ocupam o mesmo polo da dicotomia público-privado, estando, por conseguinte, do mesmo lado da *summa divisio* referida. A diferença entre essas concepções é formal e parcial, estando relacionada a dois aspectos, dos quais um não existe mais (salvo o caso específico previsto no art. 21, XXIII, da Constituição), a saber: competência para a execução e a configuração como prestacional, ou não.

A rigor, no curso da nossa história constitucional (até a Emenda Constitucional nº 09/95, conforme visto acima<sup>454</sup>), a figura do monopólio expressou a aludida dicotomia sob

que os monopólios expressamente previstos na Constituição (art. 177) são atividades econômicas em sentido estrito, configurando-se, então, como intervenção a ação do Estado nesse campo. Diversamente, entendemos que, no primeiro caso (intervenção com base no art. 173 da CRFB/1988), a lei que autoriza a intervenção do Estado não pode prever a monopolização da atividade. Dessa forma, eventual monopólio, ocasionado pelo desinteresse dos particulares, seria de fato, ou seja, não seria jurídico, nem, necessariamente, natural (a rigor, nada impede que o Estado, com base nos pressupostos do art. 173, intervenha em setor consubstanciado como monopólio natural, mas, novamente, não se trataria da constituição de um monopólio, mais sim de ingresso em um âmbito que já é, por si mesmo, monopólio), podendo ser rompido tanto pelo surgimento do interesse da iniciativa privada, quanto pelo desenvolvimento de condições que retirem a qualidade de monopólio natural de determinada atividade. No segundo caso (exercício das atividades já predefinidas como monopólio pela Constituição) estar-se-ia diante de atuação, porque não há ingresso na esfera de competência de outrem, na exata medida em que o rol do art. 177 foi atribuído ao Estado. Conferir: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Em especial: p. 139 – 141, 147, 282 – 283 e 287 – 292.

<sup>452</sup> Art. 21. Compete à União: [...] XXIII - 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, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; d) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa.

<sup>453</sup> Nesse sentido, discorda-se de toda a doutrina que trata dos monopólios, à luz da CRFB/88, como intervenção do Estado no domínio econômico. Discorda-se, também, com base nos fundamentos que serão expostos neste capítulo, daqueles que tratam as tarefas dispostas no art. 177 como atividades privadas do Estado.

<sup>454</sup> A partir daí também os monopólios, com exceção do relativo à exploração dos minérios nucleares (art. 21, XXIII, e 177, V), passaram a poder ter sua execução delegada – admitindo-se que “contratar” possa significar “delegar” –, consoante se infere da leitura do § 1º do art. 177 da Constituição de 1988, cuja redação é “§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei”. Ainda sobre a Emenda Constitucional nº

duas perspectivas, quais sejam: a da titularidade estatal da atividade e a da execução estatal da competência reservada, contrapondo-se, então, à livre iniciativa e à iniciativa privada, respectivamente. O serviço público, por sua vez, manifestou a mesma dicotomia apenas sob a primeira perspectiva, não impondo a execução pública da atividade, uma vez que se permitia a sua prestação por particulares. A distinção que ainda existe está consubstanciada na hipótese de monopólio não se configurar em atividade prestacional, ao contrário do serviço público<sup>455</sup>.

Ademais, inexistem elementos que permitam distinguir monopólio e serviço público a partir de um critério material, relacionado com a natureza do interesse coletivo a ser atendido pela execução das atividades correspondentes às aludidas categorias<sup>456</sup>. Consigne-se que, evidentemente, não discordamos do fato de que tais espécies de atuação do Estado no domínio econômico possuem a presença de um forte traço material. Discordamos apenas da tentativa de distinção entre as referidas atividades com base no critério material, mormente se for considerado o evoluir histórico-constitucional relacionado ao tema<sup>457</sup>.

Da leitura do art. 177 – e do art. 21, XXIII – da Constituição, verifica-se que os monopólios são um conjunto de atividades atribuídas ao Estado, de modo taxativo, como competência material, cujo regime jurídico de exercício não está predefinido. Por este motivo,

09/95, vale tecer algumas palavras sobre o cenário que ela resgata. De 1975 a 1988 foram celebrados vários contratos de risco para a prospecção de petróleo, entregando a empresas transnacionais áreas de extensão equivalentes a países europeus. Os resultados obtidos pelas empresas privadas foram irrisórios em comparação aos alcançados pela Petrobrás. Essa circunstância fez com que o Constituinte Originário vedasse a transferência da atividade de exploração de petróleo aos particulares. Tal transferência voltou a ser permitida com a aludida EC/09. Sobre o tema, conferir: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

<sup>455</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 51.

<sup>456</sup> Nesse contexto, a doutrina aduz que os serviços públicos se destinam a satisfação das exigências de solidariedade, coesão ou interdependência social, enquanto que os monopólios buscam satisfazer relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 125 – 129. No mesmo sentido, entendendo que os monopólios se relacionam à satisfação de relevante interesse coletivo ou de imperativo de segurança nacional, ao passo em que os serviços públicos visam à satisfação de direitos fundamentais, tem-se: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 863 – 870. A concepção destes autores decorre da aproximação que eles fazem entre o art. 177 e o art. 173, ambos da Constituição. Além deles, também concordando com a aludida aproximação, ver: SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 17.

<sup>457</sup> Segundo Gustavo Kaercher: “estas duas condições (necessidade coletiva e lei), que deviam se fazer presentes para a regularidade jurídica da monopolização, passaram, na Constituição de 1988, a ser exigidas para a mera atuação estatal paralela àquela privada (art. 173), alterando-se, novamente, a expressão da necessidade coletiva: ‘imperativo de segurança nacional’ ou ‘relevante interesse coletivo’. Estes pontos reforçam a ideia defendida no texto de que não é o elemento material que define o monopólio (ainda mais se se pretende em oposição ao serviço público) e sugere ainda que muito varia o que se entende por ação estatal mais incisiva na economia, condicionada por exigências substancialmente semelhantes. Até 1967(69), tal atuação forte era a monopolização; em 1988, a ação estatal paralela do art. 173”. LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011. p. 90 – 91

não há elemento constitucional que permita qualificá-las, diretamente, como atividades econômicas em sentido estrito ou como serviços públicos, ou mesmo como competências públicas exercidas sob o regime de direito privado.

#### 4.2 Os serviços públicos econômicos na Constituição de 1988: análise a propósito da suposta dicotomia entre os artigos 173 e 175

Conforme demonstrado no subcapítulo antecedente, infere-se que, da leitura, exclusivamente, dos artigos 173 e 175, não há um rol predefinido de atividades que são, *a priori*, serviços públicos ou não. Tal circunstância corrobora a assertiva de que inexistem atividades que são, por sua própria natureza<sup>458</sup>, serviços públicos, do que é possível a ilação de que a Constituição de 1988 não contém um conceito material de serviço público disposto genericamente<sup>459</sup>.

Vale lembrar que há, em dispositivos esparsos ao longo do texto constitucional, atividades materiais de competência do Estado que devem, obrigatoriamente, seguir determinado regime jurídico, como é o caso do transporte coletivo (art. 30, V, da CRFB/88), que foi constitucionalmente definido como serviço público. Do mesmo modo, há atividades que possuem traços específicos do seu regime jurídico antecipados constitucionalmente (é o caso das atividades que serão observadas no subcapítulo seguinte), reduzindo substancialmente a margem de discricionariedade do Estado.

Nesse contexto, ainda em um juízo inicial, no que concerne aos serviços públicos, ressaltados os casos expressos na Constituição, e ao regime jurídico de direito privado, tem-se que eles são possíveis regimes jurídicos atribuíveis às atividades materiais de competência

<sup>458</sup> Nesse sentido: “como é em virtude de normas jurídicas que se têm delimitados os campos de atuação do particular e do Poder Público, segue-se que a distinção entre setor privado e setor público – e, *ipso facto*, entre direito público e direito privado – não constitui um dado *a priori*, decorrente da natureza das coisas”. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e reforma do Estado – 2**: o “liberalismo” na experiência francesa, alemã, italiana e comunitária. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 15. É com base na adoção desse entendimento que se discorda dos que entendem que existem determinadas atividades que podem ser qualificadas como serviço público por sua própria natureza. É o caso, por todos, de Odete Medauar, para quem há um “núcleo pacífico dos serviços públicos”, citando como exemplo a água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas e correio. MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 100 – 113, jul./set. 1992. p. 109.

<sup>459</sup> AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 339 – 342. Esse autor diz expressamente, em seu texto, que “é também possível assentar que no sistema constitucional vigente em nosso país não há um conceito jurídico de serviço público. Entre enumerar as atividades que constituem serviço público e conceituá-lo genericamente, a sistemática constitucional vigente preferiu a primeira hipótese. A partir dessa constatação inicial, sou levado a discordar de teorias que pretendam conceituar de forma essencialista o serviço público no atual ordenamento constitucional brasileiro. [...] Em conclusão, em nossa atual sistemática constitucional, os serviços públicos são aqueles contidos no corpo da Carta Política, o que só pode ser alterado por Emenda Constitucional”.

do Estado. A escolha de qual regime jurídico (art. 175 ou art. 173) deverá ser utilizado para a prestação dessas atividades deverá ocorrer por ato próprio do Poder Legislativo (lei em sentido estrito), ou, em última instância, por ato Poder Constituinte<sup>460</sup>.

Para melhor compreensão desse raciocínio, e já aprofundando a abordagem do tema, é necessário recordar que o artigo 173 da CRFB/88 é a base da ação econômica estatal, pois ele contém a previsão da atuação e da intervenção pública no domínio econômico. Como visto no item 4.1.1, o dispositivo em questão dispõe sobre um regime jurídico aplicável às hipóteses em que o Estado presta atividade que é de sua competência, bem como aos casos em que o Estado presta atividade pertencente à esfera privada.

No entanto, para o que importa a este momento da pesquisa, vale adicionar uma informação ao que se disse sobre o fragmento inicial do art. 173 da CRFB/88. A expressão “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição*” permite concluir que há atividades econômicas atribuídas ao Estado que estão fora do âmbito de alcance livre dos particulares.

No conjunto de atividades econômicas imputadas ao Estado pela Constituição, a ação dos particulares configura-se como intervenção, exigindo a existência de título para o exercício de tais tarefas (em regra, concessão, permissão ou autorização, dependendo do regime jurídico atribuído às atividades). Já no grupo de atividades econômicas pertencentes à livre iniciativa, é a ação do Estado que se configura como intervenção. Nesse caso, a ação é legitimada, em termos de participação, apenas quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo expressos em lei ordinária.

---

<sup>460</sup> Diversamente, há quem entenda que são serviços públicos as atividades prestadas pelo Estado tanto com base no art. 175, quanto no art. 173 e, também, no art. 177. No primeiro caso, a competição seria limitada às delegações do Estado (concessão, permissão e, até mesmo, autorização); no segundo caso, a competição seria livre, pois se está tratando, nessa linha de raciocínio, apenas da hipótese de intervenção do Estado no domínio econômico, ou seja, os adeptos dessa corrente entendem que o Estado presta serviço público quando intervém no domínio econômico. Todas as hipóteses se tratariam de atividades econômicas do Estado, qualificando-se, portanto, como serviços públicos industriais ou comerciais. Sobre esses serviços públicos industriais e comerciais incidiria o regime jurídico de direito privado administrativo, o qual se consubstancia em um complexo de regras de direito privado e de direito público. Paralelamente a isso, existiriam as atividades estritamente privadas exercidas pelo Estado, sem natureza de serviço público, sobre a qual se aplicaria o regime jurídico de direito privado. Nessa última hipótese estariam as atividades exercidas por empresas das quais o Estado se tornou acionista majoritário, em razão de crédito público, por exemplo. Por todos, conferir: SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 235 – 238. Nesta pesquisa, discorda-se do posicionamento segundo o qual atividades prestadas com base nos artigos 175, 173 e 177 são serviços públicos, diferenciados pela maneira como se dá a concorrência. Entendemos que, dentre os dispositivos referidos, o único que trata propriamente de serviço público é o art. 175. Nesse sentido, o artigo 177 prevê um rol de competências materiais monopolizadas pelo Estado, sem indicação do regime jurídico aplicável, e o artigo 173 trata de duas situações, quais sejam: (a) da ação do Estado no domínio econômico sob o regime jurídico predominantemente de direito privado e com concorrência ampliada; e (b) da intervenção do Estado no domínio econômico, também sob o regime jurídico de direito privado, com observância dos pressupostos previstos no dispositivo em questão. Nenhuma das situações decorrentes do art. 173 pode ser denominada de serviço público, à luz do que dispõe o texto constitucional.

Assim, considerando que, por força de uma série de dispositivos constitucionais (artigos 3º, IV, 5º, XIII, art. 170, II e IV e mesmo o próprio art. 173), a regra é que os atos voltados à produção e circulação de riquezas pertençam ao domínio privado e sejam exercidos por particulares no âmbito da livre iniciativa, o primeiro passo da investigação consiste em identificar os “*casos previstos nesta Constituição*”, a fim de delimitar as atividades que são de competência pública. No texto constitucional há uma gama de competências materiais atribuídas ao Estado. Essa reserva de titularidade antecede à atribuição do regime jurídico<sup>461</sup>.

Dentre esse conjunto de atividades atribuídas ao Estado há aquelas em que inexistem menção ao regime jurídico aplicável (ex.: art. 21, X, da Constituição). Há, também, como dito acima, as atividades que são qualificáveis de modo explícito como serviço público, determinando-se, portanto, o regime jurídico aplicável, como, por exemplo, no transporte coletivo municipal (art. 30, V, da Constituição) e, antes do advento da EC nº 8/95, nos serviços de telecomunicações. Há, ainda, entre essas duas espécies de atividades, aquelas em que a Constituição apresenta parcialmente a disciplina jurídica<sup>462</sup>.

No âmbito do terceiro conjunto, que é o mais numeroso, a Constituição vale-se de elementos que, em alguma medida, dizem algo sobre a forma de realização da atividade. Em geral, esses elementos referem-se ao título que permite que particulares executem tais atividades (autorização, permissão, concessão, delegação, contrato etc.). Essa referência não

---

<sup>461</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 02 – 03. Dentre outros, poder-se-ia citar como dispositivos atribuindo competências materiais ao Estado os artigos 21, X, XI, XII e XXIII, 25, § 2º, 30, V, 176, 177.

<sup>462</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 03 – 04. Segundo o autor, esse terceiro grupo é o mais numeroso, abrangendo os serviços de telecomunicações (art. 21, XI); serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (art. 21, XII, “a” e 223); serviços de energia elétrica (art. 21, XII, “b”); serviços de navegação aérea e aeroespacial (art. 21, XII, “c”); serviços de infraestrutura portuária (art. 21, XII, “c”); serviço de transporte ferroviário (art. 21, XII, “d”); serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, XII, “d”); serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”); serviços relativos aos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, “f”); serviços e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 21, XXIII e art. 177, V); pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XXIII e art. 177, V); serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º); atividades de lavra e exploração de jazidas minerais (art. 176); pesquisa e lavra de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177, I); refinação de petróleo nacional ou estrangeiro (art. 177, II); importação e exportação de petróleo, gás natural e seus derivados (art. 177, III); transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país (art. 177, IV); transporte, por conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177, IV).

permite concluir que a tarefa é ou não serviço público, em especial quando prevê a “concessão” e/ou a “permissão”<sup>463</sup>.

Do mesmo modo, a Constituição, ao apresentar parcialmente a disciplina jurídica da competência material atribuída ao Estado, pode restringir a incidência dos regimes gerais dispostos nos artigos 173 e 175. Nesse contexto, poderá vedar a delegação a particulares (como é o caso das atividades nucleares), predefinir o regime jurídico aplicável e a forma de prestação (como é o caso das atividades notariais e de registro), ou, ainda, determinar a simultaneidade de regimes jurídicos e a complementaridade de agentes ofertantes da atividade (como é o caso das atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens).

A identificação desse conjunto de tarefas que compõem o quadro das atividades reservadas constitucionalmente ao Estado serve para evidenciar a problemática do preenchimento direto do conteúdo da primeira parte do art. 173 com a noção de serviço público (art. 175) e de monopólio (art. 177). Principalmente diante da heterogeneidade dos regramentos constitucionais atribuídos às atividades citadas no terceiro conjunto

Nesse quadrante, concorda-se com a tese de impossibilidade de, a partir de concepções essencialistas<sup>464</sup>, apartar as atividades mencionadas no artigo 177 (monopólios) da previsão do art. 175 (serviços públicos). Com isso, discorda-se dos que entendem que as atividades previstas no dispositivo citado são econômicas em sentido estrito (ou, necessariamente, de

---

<sup>463</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 04. No mesmo sentido, ver: LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009. Em especial o capítulo VI.

<sup>464</sup> A crítica é dirigida por Gustavo Loureiro ao trecho do trabalho de Eros Grau (a Ordem Econômica na Constituição de 1988) em que é afirmado que os monopólios atenderiam a motivos estratégicos ou de segurança nacional, enquanto que os serviços públicos satisfariam exigências de “interdependência ou coesão social”. O motivo da crítica se dá pela imensa dificuldade operacional de tais conceitos, tanto em abstrato, quanto em concreto. Com base nisso, questiona: “como distinguir, adequadamente, necessidade de segurança nacional ou solicitações do interesse coletivo daquelas relativas à coesão social, por exemplo? Como dizer, *a priori*, que determinadas atividades, por definição, atendem a interesse coletivo mas não, contemporaneamente, a interesse social? Não seria possível uma alteração empírica da finalidade servida pela atividade, de tal sorte que a decisão sobre ser serviço público ou atividade econômica monopolizada padeceria, então, de um irremediável casuísmo?” Em seguida, menciona o tratamento que a Constituição dispensou ao gás, a fim de corroborar seu raciocínio, porquanto a CRFB/88 tratou o tema sob os dois aspectos, ou seja, ora como serviço público (art. 25, § 2º), ora como atividade econômica monopolizada (art. 177). LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 17 - 19.

regime jurídico de direito privado)<sup>465</sup>. Preferimos tratá-las como competências públicas de natureza econômica (variando, conforme o caso, a caracterização como prestacional ou não).

Embora não se possa afastar, de maneira automática, as atividades dispostas na Constituição como monopólio do regime jurídico de serviço público, também não é possível vincular essas mesmas atividades, de maneira automática, ao regime jurídico em questão. O mesmo raciocínio vale para o regime jurídico de direito privado previsto no art. 173, ao qual não se podem afastar ou aproximar automaticamente as atividades consideradas como monopólio. Aliás, os regimes jurídicos referidos não podem ser afastados ou aproximados das competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, de forma direta e automática.

Em outras palavras, se de um lado não se pode vincular as atividades constantes no rol do art. 177 ao art. 175, ambos da Constituição de 1988, por ausência de referência expressa, também não é possível, por outro lado, relacionar o mesmo rol do art. 177 ao art. 173, por questão de coerência. O mesmo raciocínio aplica-se às demais competências materiais de natureza econômica do Estado.

Logo, quanto às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado previstas na Constituição não é possível dizer, *a priori*, que estão, ou não, submetidas ao disposto no art. 173 ou no art. 175 da CRFB/88, estritamente pela leitura do

---

<sup>465</sup> Posicionamento esse que parece ser o majoritário, no âmbito da doutrina. Por todos, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 168 – 173; bem como: GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 147. CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211. Esse autor refere que “não há razão para se estabelecer um rol de atividades caracterizadas como monopólio estatal se anteriormente o constituinte fez a previsão expressa dos serviços públicos. Se houvesse interesse de classificá-las como serviço público, em exceção à regra geral da atividade econômica, bastaria relacioná-las no art. 175 (o que seria louvável, tendo-se em conta a clareza e objetividade do sistema) ou, mais singelamente, referi-las expressamente como serviço público. Nenhum dos casos, no entanto, ocorreu”. Discorda-se do raciocínio do autor, uma vez que, a partir dele, poder-se-ia chegar à conclusão de que todas as atividades atribuídas ao Estado pela Constituição que não constassem no rol do art. 175 (e nele não há rol algum), nem fossem expressamente qualificadas como serviços públicos pela Constituição, seriam atividades econômicas em sentido estrito, conforme regra geral. Ocorre que não se identifica na Constituição disposições que permitam concluir que para as atividades econômicas de competência do Estado haja alguma regra geral de atuação. A regra geral disposta pela Constituição, em termos econômicos, limita-se a consignar que a preferência é da livre iniciativa (ou seja, que a regra geral é que as atividades econômicas sejam de competência privada). Em outros termos, a atividade econômica em sentido estrito remete ao plano do livre acesso aos particulares. Por isso, quando o Estado exerce uma atividade de sua competência, com base na primeira parte do artigo 173 da CRFB/88, está exercendo uma competência econômica sob o regime jurídico de direito privado, e não, como seria o caso da segunda parte do mesmo dispositivo, uma atividade econômica em sentido estrito. Então, se por processos interpretativos se pretenda dizer que as competências econômicas estatais devem seguir a regra geral, o máximo que será possível afirmar é que todas as atividades atribuídas ao Estado devem seguir um regime jurídico de direito privado, nos moldes do previsto no art. 173 da CRFB/88, por critério de afinidade entre os regimes.

texto constitucional<sup>466</sup>. Vale referir a especial atenção às atividades com cunho prestacional, porquanto somente as que possuem essa característica poderão ser denominadas propriamente (no âmbito do sentido e acepção ora colimados) como serviço público, considerando o sentido básico da noção de “serviço”<sup>467</sup>.

Diante do exposto, verifica-se que o debate relativo aos artigos 173 e 175 da Constituição de 1988 está partindo de premissas equivocadas, ou no mínimo não extraíveis do próprio texto constitucional. Isso se reflete na compreensão existente acerca dos serviços públicos e na construção de seus aspectos conceituais. Veja-se que a doutrina assevera que os artigos 173 e 175 estão em contraposição<sup>468</sup>, ou seja, que a expressão inicial do artigo 173 remete diretamente ao art. 175 (ou, ao art. 177, ou, ainda, a um rol limitado de hipóteses<sup>469</sup>).

Em primeiro lugar, isso equivale a afirmar que o Estado somente pode agir diretamente no domínio econômico de duas maneiras, a saber: prestando serviços públicos ou na forma de intervenção, sob o regime jurídico de direito privado, desde que presentes os pressupostos do art. 173<sup>470</sup>. Em segundo lugar, significa dizer que todas as competências

<sup>466</sup> A propósito: “pelos argumentos ora desenvolvidos verifica-se *inexistir diferença essencial, a priori*, entre ‘serviço público’ e ‘monopólio’; entre, por exemplo, as atividades do art. 21 e aquelas do 177: ambas fazem parte do gênero ‘competências econômicas públicas (prestacionais)’. Nenhuma atividade prevista nesses dispositivos é, necessariamente, serviço público, ao mesmo tempo em que não se pode impedir *a priori*, que venha a ser. São as características econômicas, técnicas, de investimento, de ‘contexto’, enfim, que orientarão o legislador na escolha da melhor disciplina jurídica para cada atividade”. (Grifos no original). LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 17.

<sup>467</sup> Ressalte-se que isso não significa dizer que as competências materiais de natureza econômica sem cunho prestacional do Estado não poderão possuir regime jurídico semelhante ao constante no art. 175 da Constituição (isto é, um regime jurídico de serviço público), mas sim que, ainda nessa hipótese, não serão propriamente serviços públicos, pela ausência de um elemento básico que a aproxime da noção de serviço, a saber: sua destinação direta à coletividade (cunho prestacional).

<sup>468</sup> Por todos, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 168 – 173. Depois, o mesmo autor, no capítulo VII de seu livro, sugere que as atividades econômicas atribuídas ao Estado são serviço público em espécie.

<sup>469</sup> Na opinião de Vitor Rhein Shirato a primeira parte do art. 173 contempla apenas quatro hipóteses, quais sejam: (a) os monopólios, (b) os serviços públicos, (c) a atividade bancária em estabelecimentos oficiais, (art. 164, § 3º, da Constituição) e (d) a radiodifusão (art. 223). Como decorrência desse raciocínio, o autor afirma que a distinção entre os artigos 173 e 175 da Constituição não é de regime jurídico, mas, sim, de natureza permissiva, de modo que no primeiro caso o Estado encontraria a legitimação para atuar no domínio econômico, e no segundo caso teria uma obrigação. SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 71 e 86.

<sup>470</sup> É com base na compreensão de que o Estado somente pode agir de duas formas no domínio econômico, que, por exemplo, Vitor Rhein Schirato afirma que a distinção entre os arts. 173 e 175 está no fato de se tratarem de intervenção facultativa e obrigatória, respectivamente. Assim, o art. 173 faculta a intervenção do Estado no domínio econômico, enquanto o art. 175 obriga o Estado e empreender determinada atividade. Cumpre ressaltar que esse autor discorda da classificação que separa serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito (e, portanto, das noções de atuação e intervenção). SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 328.



materiais da aludida espécie atribuídas ao Estado são serviços públicos, cuja prestação se dará diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão<sup>471</sup>.

Ocorre que as atividades materiais atribuídas ao Estado são expressões de sua competência administrativa (contrapondo-as, aqui, às competências legislativas)<sup>472</sup>, que pode ser ramificada de várias formas (competência material econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária<sup>473</sup>) e possuir projeção interna ou externa<sup>474</sup>. No âmbito econômico, a competência pressupõe a atuação positiva do Estado quanto à oferta de utilidades econômicas no mercado ou à realização de atos preparatórios a tal oferta. Essa atividade positiva não é, *ipso facto*, serviço público.

O legislador ordinário determinará qual o regime jurídico será aplicado a tais competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica<sup>475</sup>. Essa determinação se

---

<sup>471</sup> Nesse sentido, considerando que todas as atividades atribuídas pela Constituição ao Estado são, apenas por isso, serviço público, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 685 e seguintes. Uma variação do raciocínio apontado no texto está presente nos entendimentos de que é unidimensional o exercício das competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, acontecendo somente por meio do regime jurídico geral previsto no artigo 175 da Constituição. Nesse sentido, o Estado somente age diretamente no domínio econômico por atuação ou por intervenção, com base no artigo 175 e 173 (aqui, com observância dos pressupostos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo), respectivamente. SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96 – 100. O autor parte da premissa que estamos criticando nesse trabalho, ou seja, de que a ação estatal direta no domínio econômico possui apenas duas dimensões (a atuação pelos serviços públicos e a intervenção pelo oferecimento de atividades econômicas em sentido estrito, com base nos pressupostos presentes no art. 173). Nessa linha de raciocínio, o Estado somente poderia exercer suas competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica pelo regime jurídico geral disposto no art. 175, dosado, em termos específicos para cada atividade (possibilidade de concorrência, maior ou menor incidência de normas de direito privado), pelo que dispusesse a legislação infraconstitucional. Como estamos sustentando, as mencionadas competências materiais, na verdade, podem ser oferecidas por dois regimes jurídicos gerais diversos, quais sejam: o dos serviços públicos (art. 175) e das atividades em regime de direito privado (art. 173, *caput*, primeira parte). Ao lado disso, há a intervenção direta (ou por participação) do Estado no domínio econômico, com base na segunda parte do *caput* art. 173, que se dá por meio do exercício de atividades pertencentes aos particulares.

<sup>472</sup> Conforme já mencionado ao longo deste trabalho, adota-se, no que concerne à compreensão dessa distinção de competências, bem como das formas como são cumpridos os deveres correspondentes, o seguinte estudo: RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Fundamentais: conhecer para exercer – constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 267 – 311. Sobre aspectos do conceito de competência, cumpre observar, também, o que decidido na ADI 2.544/RS, de relatoria do Min. Sepuveda Pertence.

<sup>473</sup> Sobre o tema, ver: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 456, bem como p. 470 – 475.

<sup>474</sup> VELLOSO, Carlos Mário. O Estado Federal e os Estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, p. 1 – 36, jan./mar. 1992, p. 12 – 13.

<sup>475</sup> Para ilustrar, poderíamos pensar no seguinte exemplo: uma determinada competência material de cunho prestacional e natureza econômica (energia elétrica, por exemplo) é atribuída pela Constituição de 1988 à União, sem que haja qualquer especificação do regime jurídico aplicável à prestação de tal atividade (não se menciona que a atividade é serviço público, nem que deva ser exercida sob o regime jurídico de direito privado), com possibilidade de delegação (concessão, permissão e autorização). O legislador ordinário ao definir o regime jurídico específico dessa atividade considera que, em razão de suas características e em

dará de acordo com certos critérios. Tais critérios consistem, basicamente, na identificação da melhor forma de atender o interesse público subjacente à atividade, ou seja, na melhor maneira de efetivar os direitos fundamentais vinculados à competência pública.

Em outras palavras, competirá ao legislador definir o regime jurídico das competências materiais de natureza econômica e cunho prestacional do Estado. A definição se dará pela opção entre os regimes gerais previstos nos arts. 173 e 175 e pelo delineamento dos aspectos específicos do regime jurídico especial de tais atividades, de acordo com as necessidades e características de cada setor.

As competências materiais passíveis de incidência do regime jurídico dos serviços públicos estão elencadas na Constituição, principalmente em relação à União. Nesse contexto que se afirma que as atividades passíveis de serem serviços públicos estão todas predispostas no texto constitucional. O legislador ordinário se limita a atribuir o regime jurídico dos serviços públicos, ou o de direito privado, definindo os aspectos específicos da regulação<sup>476</sup>.

---

cotejo com o atual estágio tecnológico, a sua prestação pode ser cindida em setores, com regimes jurídicos distintos e nos quais haverá níveis diferentes de concorrência. Então, a atividade é dividida em setores (geração, transmissão, distribuição e comercialização), no interior dos quais pode haver, inclusive, regimes jurídicos distintos (como, por exemplo, geração de energia elétrica em regime de direito privado e em regime de serviço público). Para determinadas tarefas que compõem certo setor, o legislador opta pelo regime jurídico dos serviços públicos (art. 175). Nessas hipóteses o Estado, conforme determine a legislação, opta pela prestação direta ou indireta da atividade, sendo a concorrência dimensionada por meio das concessões ou permissões (seria o caso da distribuição de energia elétrica para consumidores cativos). Já para outras tarefas, o Estado opta pela prestação por meio do regime jurídico de direito privado (art. 173), hipótese em que operará por meio de empresa estatal (seria o caso, por exemplo, da comercialização de energia elétrica a consumidores livres por meio de empresa estatal da União, em moldes parecidos com o disposto no art. 4º, § 13º, da Lei 9.074/95). Aqui, a concorrência deverá ser amplificada, com o escopo de aproximar, o máximo possível, a atividade de um ambiente de mercado ordinário (regulado ou não). Contudo, considerando que a atividade é de competência material do Estado (e, portanto, restritiva da livre iniciativa), a participação dos concorrentes, ainda assim, estará condicionada a existência de um título jurídico que os habilite. Esse título será a autorização, que, conforme dispuser a lei, será de fornecimento discricionário ou vinculado (no que tange à energia elétrica, tem-se o art. 26 da Lei 9.427/96). Ainda no âmbito da energia elétrica, o legislador poderá entender que determinadas formas de produção e oferecimento estão fora da competência estatal e, por isso, pertencem a iniciativa privada (é o caso do já citado art. 8º da Lei 9.074/95).

<sup>476</sup> A propósito, Itiberê Rodrigues assevera que não pode existir serviço público sem que antes a Constituição atribua a titularidade da atividade *in concreto* ao Estado. Nesse sentido, a *summa divisio* estaria disposta constitucionalmente, de modo que o legislador ordinário não poderia instituir novos serviços públicos, ou seja, a sua competência está adstrita à dedução de serviços públicos a partir do texto constitucional. Isso significa dizer que o legislador ordinário somente poderá efetuar uma redução teleológica das atividades atribuídas constitucionalmente ao Estado. Essa redução teleológica consiste, basicamente, em excluir do âmbito dos serviços públicos algumas atividades que poderiam, em face da interpretação literal, ser subsumidas em normas de atribuição de competências material das entidades federativas. RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. t. 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2191 e 2195 – 2196. Essa ação do legislador é identificada como critério formal-normativo, consistente na definição de uma atividade atribuída ao Estado pela Constituição como serviço público por meio de lei, ou seja, a atividade de competência do Estado é qualificada pela legislação infraconstitucional como serviço público, atribuindo-se o regime jurídico (geral e específico) correspondente. Sobre o tema ver: CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223 – 230.

Assim, a reserva da atividade ao Estado deve se dar por meio da Constituição da República (da Constituição Estadual ou da Lei Orgânica, de acordo com o ente da federação titular do serviço), que poderá, ou não, qualificar a atividade como serviço público, ou definir características específicas<sup>477</sup>. Na hipótese de não qualificar a atividade como serviço público, sem vedar tal qualificação, competirá ao legislador ordinário atribuir o regime jurídico de serviço público, ou o de direito privado, bem como estabelecer os regramentos específicos nos espaços em que o constituinte não o tenha efetuado<sup>478</sup>.

A partir daí, verifica-se que existem, diversamente daquele entendimento que contrapõe os arts. 173 e 175, três maneiras pelas quais o Estado age diretamente (por participação) no domínio econômico. Primeiro, por meio de intervenção, conforme a segunda parte do art. 173, em que o Estado, com base em imperativos de segurança nacional e/ou

---

<sup>477</sup> Nesse sentido, AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 339 e 359. O autor afirma que em todos os âmbitos da federação é vedada a instituição de novos serviços públicos por lei. Em seguida, o mesmo autor aduz que novos casos de serviços públicos só podem ser veiculados por emenda à constituição. A partir disso, ele conclui que os municípios não podem instituir serviços públicos inovadoramente à CRFB/88. Nossa discordância em relação a esse raciocínio refere-se as afirmações correspondentes à instituição de novos casos de serviço público no âmbito dos estados-membros e municípios, conforme se verá no item 4.4. Não obstante, concordamos com a afirmação de que a lei não pode instituir novos casos de serviço público. Por isso, adotamos o entendimento do referido autor acerca dos serviços de loterias (p. 364 – 365). A loteria se enquadra na definição de jogos ilícitos, de acordo com o art. 52 a 58 da Lei de Contravenções Penais. Trata-se, na verdade, de conduta que só é ilícita quando praticada sem autorização legal. A legislação, contudo, somente autoriza o Estado a exercer essa atividade. O Decreto-Lei 204/1967, em seu art. 1º, classifica a atividade como serviço público exclusivo da União e não suscetível de concessão. Nesse sentido, como não há lei autorizando as loterias privadas no país (mais do que isso: a legislação em vigor veda a concessão de loterias privadas) e, ainda, há lei criminalizando o exercício da atividade, existe monopólio da União no setor. Ocorre que o monopólio só pode existir mediante previsão constitucional. O Decreto citado é inconstitucional em duas perspectivas. Primeiro por monopolizar uma atividade, o que somente poderia ser feito pela própria Constituição. Segundo por qualificar a atividade não prevista constitucionalmente como serviço público. O decreto citado e a LCP cerceiam indevidamente a livre iniciativa. Logo, ou se criminaliza a atividade de um modo geral e irrestrito, proibindo-a a todos, ou se trata o setor como de livre iniciativa (ainda que regulado), qualificando a atividade do Estado como intervenção no domínio econômico (art. 173), ou, ainda, no limite, se insere a atividade no âmbito das competências Estado e, então, se atribua o regime jurídico escolhido. Da forma como está regulado o setor, há incompatibilidade com o texto constitucional.

<sup>478</sup> Para ilustrar o raciocínio, podemos mencionar, novamente, o caso da energia elétrica, ainda que sem adentrar nas especificidades do setor. A constituição de 1988 atribui a competência para a exploração das atividades e instalações de energia elétrica à União, sem especificar o regime jurídico correspondente e, naturalmente, sem delinear com precisão as atividades que compõem o conteúdo da referida competência. Nesse cenário, compete ao legislador ordinário definir o que consiste em instalações e serviço de energia elétrica para o propósito de determinar o que é passível de exploração pela União; definir o regime jurídico geral (art. 173 ou art. 175) e especial (regramentos específicos de cada tarefa) das atividades e bens que compõem a referida competência. Em outras palavras, o legislador, após delimitar o que é de competência da União em termos de instalações e serviços de energia elétrica, definirá se a exploração se dará sob o regime jurídico de direito público ou de direito privado e em ambos os casos as especificidades do regime jurídico aplicável. Nada impede que as variadas tarefas que compõem a atividade sejam reguladas por regimes jurídicos distintos, como, aliás, acontece atualmente no setor em questão. Se essa atividade não tivesse sido atribuída à União pela Constituição de 1988, então não seria possível sua qualificação subsequente como serviço público, nem sua prestação pelo Estado fora do regime de direito privado relativo à intervenção no domínio econômico. A Constituição, portanto, delinea a *summa divisio*, de modo que a atribuição da titularidade do Estado sobre determinada atividade econômica exige previsão constitucional.

relevante interesse coletivo, exerce atividade pertencente à esfera privada. Segundo, por meio de ação, com base na primeira parte do art. 173, em que o Estado presta atividades que são de sua competência (como, por exemplo, as dispostas no art. 21, XII), sob o regime jurídico de direito privado. Terceiro, por meio de ação, com base no art. 175, em que o Estado exerce atividades que são de sua competência sob o regime jurídico dos serviços públicos.

Logo, ainda na linha do entendimento adotado nessa pesquisa (e, portanto, contrariamente às aludidas premissas equivocadas que colocam os arts. 173 e 175 em contraposição), nem toda atividade material de natureza econômica e cunho prestacional atribuída ao Estado é, apenas por isso, serviço público. O que significa que elas não estão submetidas automaticamente ao regime jurídico correspondente aos serviços públicos. Regime jurídico esse que, como já referido, está disposto apenas em termos genéricos no art. 175 da CRFB/88, cuja redação indica que ao legislador competirá integrá-lo de acordo com as especificidades da atividade<sup>479</sup>.

Nesse contexto, as competências econômicas estatais são destinadas à busca dos fins do Estado (tais como a efetivação de direitos fundamentais e alcance dos objetivos descritos no art. 3º da CRFB/88), delimitando o âmbito de ação dos particulares. Isso porque a competência é o poder de ação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais para cumprirem suas finalidades, envolvendo a atribuição de tarefas juntamente com os meios de ação necessários à sua realização<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> A propósito, Marçal Justen Filho entende que as atividades previstas no art. 21 da Constituição podem ou não ser qualificadas como serviço público, de acordo com as circunstâncias. Concordamos com a afirmação, discordando apenas da premissa de que as atividades constantes no rol do art. 21 que não forem serviço público serão atividades privadas, ou, ainda, serviço de interesse coletivo (equivalente ao serviço público virtual, ou seja, serviço privado fortemente regulado). O autor entende, ainda, que é possível a instituição de serviço público pelo legislador ordinário. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 738 – 739 e p. 742. Discordamos, pois, pensamos, conforme já mencionado, que ao legislador ordinário compete, na linha do que entende Itiberê Rodrigues, realizar apenas a redução teleológica do que já foi atribuído ao Estado como competência pública. Assim, todas as atividades passíveis de se configurar como serviço público devem constar na Constituição (Constituição Estadual e Lei Orgânica, para estados-membros e municípios).

<sup>480</sup> É adotando essa tese que se discorda do posicionamento de Vitor Rhein Shirato de que o objetivo de concretização de direitos fundamentais implica na existência de livre concorrência nos serviços públicos. Segundo o autor, a base da ação do Estado são os direitos fundamentais, que possuem o dever de concretizar tais direitos. A busca por essa concretização é que justifica a atribuição de certas tarefas ao Estado. Nesse contexto, o cidadão é o centro do ordenamento jurídico. A partir daí os serviços públicos seriam obrigações do Estado e não prerrogativas sua. Assim, ainda conforme o autor, a constituição de um serviço público, que é um dos instrumentos para a satisfação de direitos fundamentais, não atrai um regime de privilégio ou um conjunto de prerrogativas, ou seja, inexistente uma garantia de exclusividade. Isso significaria dizer que há livre iniciativa no campo dos serviços públicos. Ademais, a prestação concorrencial no âmbito dos serviços públicos tem maior possibilidade de satisfazer melhor os direitos fundamentais cuja efetivação é objetivada pelo serviço público. Como reforço argumentativo, o autor afirma que da redação do art. 175 não decorre nenhum regime de privilégios em favor do Estado, principalmente porque a Constituição prevê um sistema específico de exclusividade ao tratar dos monopólios. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 92 – 93 e 97 – 138.

Ademais, tem-se que foram previstos meios de atuação para o exercício de tal competência, dentre os quais estão os regimes jurídicos de direito privado (art. 173) e o de serviço público (art. 175). Assim, serviço público é um procedimento técnico-jurídico (ou um instrumento) colocado à disposição do legislador para que o aplique com o escopo de realizar as finalidades relativas às competências públicas econômicas que envolvam prestações<sup>481</sup>.

O mesmo se aplica ao artigo 173 da CRFB/88, pois, na linha do mencionado acima, também é um procedimento colocado à disposição do legislador para realizar as finalidades concernentes a certas competências públicas. Em outras palavras, é possível afirmar que o Estado pode, por força da primeira parte do art. 173 da CRFB/88, executar as tarefas que compõem sua competência econômica por meio do regime jurídico disposto ao longo desse artigo. Nessa hipótese, concorrerá em igualdade de condições com os particulares habilitados por títulos de delegação (já que a atividade é de competência pública, excluída, portanto, da livre iniciativa) a agirem no setor em questão<sup>482</sup>.

Dessa maneira, poderá optar por executar as tarefas que compõem sua competência por meio do regime jurídico correspondente aos serviços públicos. Ao optar por esse regime, o Estado escolherá o instrumento por meio do qual prestará a atividade. Assim, poderá criar empresa estatal com privilégios e obrigações de fazenda pública, ou criar autarquias ou fundações públicas, ou, ainda, delegar a atividade a particulares. Do mesmo modo, poderá optar por executar a atividade por meio de órgão pertencente à Administração Pública direta.

Paralelamente, no âmbito do regime jurídico dos serviços públicos, poder-se-ia cogitar, em ambos os casos mencionados (prestação direta ou indireta), daquela forma híbrida de ação do Estado no âmbito econômico. A prestação direta se daria por meio do associativismo previsto no artigo 241 da CF/88. Já a prestação indireta se daria por meio de participação da empresa estatal em certame licitatório para delegação de atividade de outro ente da federação. Essa participação se daria como empresa comum e em igualdade de condições com as empresas privadas participantes.

---

<sup>481</sup> LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015. p. 07.

<sup>482</sup> Nesse ponto em particular, poder-se-ia admitir que para as atividades elencadas no rol do art. 21, XII, da CRFB/88, cuja prestação seguisse, por escolha do legislador ordinário, o regime jurídico de direito privado, aos particulares caberia, como título de delegação, a mera autorização para o desempenho da tarefa. Tal raciocínio auxiliaria a compreender a colocação desse instituto, tradicionalmente relacionado ao poder de polícia (natureza de ato administrativo), ao lado de títulos relacionados, sobretudo por força do art. 175 da CRFB/88 (ainda que tradicionalmente estejam previstos para outras questões, tais como a concessão ou permissão de uso de bem público), a delegação de serviços públicos (natureza de contrato).

Por fim, o Estado poderá optar por executar as atividades de sua competência sob o regime jurídico disposto no art. 173, ou seja, sob o regime jurídico de direito privado, em um ambiente de acentuada concorrência com particulares. O ingresso da iniciativa privada no setor deve ser facilitado, com o escopo de delinear o aludido ambiente concorrencial.

Na medida em que a atividade atribuída ao Estado está fora do mercado, os particulares precisam de um título que os habilite a agir. Esse título poderá ser a autorização prevista, nesse âmbito de competências públicas prestadas sob o regime de direito privado, como instrumento de exploração indireta de competências do Estado e como habilitadora da ação dos particulares em concorrência com o Estado.

Nesse contexto, verifica-se que da construção do sentido formal de serviço público decorre a função que o conceito em questão exerce no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. Tal função consiste no procedimento de atribuição de um regime jurídico de serviço público (como traços básicos previstos no art. 175 da CRFB/1988) às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado.

A incidência desse regime jurídico qualifica a atividade sobre a qual se aplica como serviço público pertencente à acepção restrita do sentido material. Em tal perspectiva, a função do conceito em comento define determinada atividade como serviço público econômico.

É atribuição do legislador ordinário a aplicação do regime jurídico básico correspondente às referidas competências, bem como o estabelecimento dos regramentos específicos. Tal atribuição é exercida por meio da escolha dos melhores mecanismos de cumprimento dos objetivos fundamentais da República e de concretização dos direitos fundamentais (seja o regime de serviço público, seja o regime de direito privado).

#### **4.3 Os regimes jurídicos preestabelecidos pela Constituição: análise acerca do dimensionamento da incidência dos regimes jurídicos dispostos nos arts. 173 e 175 da Constituição de 1988 às atividades com regramentos predefinidos constitucionalmente**

No texto da Constituição de 1988, como mencionado acima, há competências materiais de cunho prestacional atribuídas ao Estado que possuem traços específicos de seu regime jurídico preestabelecidos constitucionalmente. Essa predisposição constitucional reduz a margem de definição do legislador infraconstitucional.

Neste ponto do trabalho serão abordadas duas dessas atividades, a saber: os serviços de radiodifusão de sons e imagens e os serviços notariais e de registro. Ambas as

competências materiais atribuídas ao Estado, cada uma a sua maneira, possuem elementos que sugeririam, em uma análise rápida, a possibilidade de aplicação dos regimes jurídicos dos arts. 173 e 175. Um exemplo de elemento que dá essa impressão é a menção a delegação dos serviços.

Contudo, em uma observação mais detida, verifica-se que a predefinição regulatória das atividades demonstra que eventual aplicação dos aludidos regimes jurídicos não seria exata. Dessa maneira, o regime geral dos serviços públicos e o regime jurídico de direito privado seriam dimensionados por força de opções realizadas pela própria Constituição de 1988.

No caso das atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens a escolha foi no sentido de oferecimento simultâneo de forma pública, privada e estatal, além das peculiaridades inerentes à própria concessão. Já quanto aos serviços notariais e de registro as opções preestabelecidas constitucionalmente afastam quase que por completo a incidência dos arts. 173 e 175, seja porque há a obrigatoriedade de delegação, seja pelo modo dessa delegação (concurso público), seja, ainda, pela forma de oferecimento da atividade. Ambas as atividades serão melhor analisadas a seguir.

O objetivo deste subcapítulo é demonstrar que existem competências materiais atribuídas ao Estado que, a despeito de possuírem elementos que as aproximem do regime geral dos serviços públicos, contêm regramentos que dimensionam a incidência dos arts. 173 e 175, podendo, inclusive, afastá-los praticamente por completo. Esses regramentos específicos são escolhas feitas diretamente pelo constituinte, ao definir o regime especial das atividades, que reduzem a margem de discricionariedade do legislador e, também, da Administração Pública.

Nesse sentido, a exposição se iniciará pela análise dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e, em seguida, dos serviços notariais e de registro. O regime jurídico da primeira está previsto, basicamente, no art. 223 (em conjunto com o art. 21, XII, “a”) da Constituição, ao passo em que o da segunda atividade está previsto no art. 236 da Constituição<sup>483</sup>.

---

<sup>483</sup> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão. Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação

O art. 223 está inserido no capítulo destinado à comunicação social. Nesse dispositivo e em seus parágrafos está definida a competência do Poder Executivo para outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Tal ato deverá ser apreciado pelo Congresso Nacional.

A compreensão dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens impõe a leitura conjunta dos artigos 21, XII, “a”, e 223. Da análise desses dispositivos, infere-se que tais atividades podem ser prestadas diretamente pela União, ou indiretamente por meio de concessão, permissão ou autorização.

Do mesmo modo como nas competências públicas em geral, as atividades do setor podem ser exploradas pela iniciativa privada em regime de prestação indireta de serviço público, quando receberem concessão ou permissão, e em regime de direito privado, caso em que necessitarão de autorização. Já a prestação estatal decorre da exploração direta da atividade pelo Estado, por meio de seus órgãos ou entidades, sob o regime jurídico do art. 175 e/ou do art. 173 da Constituição.

Em termos específicos, o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens comporta mais uma modalidade de prestação, a saber: o sistema público. Essa referência, para alguns, é redundante e equivale à prestação estatal, uma vez que toda a atuação pública é estatal<sup>484</sup>. Não obstante, a enunciação das três modalidades sugere a distinção entre elas.

Nessa esteira, a prestação pública equivaleria a uma exploração não realizada pelo Estado, nem pela iniciativa privada com fins lucrativos. Tratar-se-ia de uma modalidade de prestação realizada por entidades do terceiro setor, tais como associações e fundações privadas sem fins lucrativos<sup>485</sup>.

Por conseguinte, a leitura do dispositivo demonstra que a atividade pode ser prestada de forma direta e/ou indireta, respeitando-se o sistema de complementaridade estatal, público e privado<sup>486</sup>. Outro traço peculiar da atividade está na forma de sua delegação, que é um ato

do Poder Público. § 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. § 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. § 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

<sup>484</sup> Por todos, conferir: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 938 – 939.

<sup>485</sup> Nesse sentido, ver: LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **Direito à informação e as concessões de rádio e televisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 294. A propósito, esse foi o entendimento fixado pelo STJ no julgamento do Mandado de Segurança Coletivo 5.307, acerca da relação entre o setor público às entidades sem fins lucrativos.

<sup>486</sup> Vale mencionar que essa atividade é uma competência material que o Estado tem a obrigação de prestar diretamente, por si ou por entidade sua, e, também, de a prestar em regime de concessão, permissão e/ou



de competência do Poder Executivo sujeito à apreciação pelo Congresso Nacional. Assim, a forma de prestação e o procedimento de delegação das atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens são diversos do aplicável aos demais serviços públicos<sup>487</sup>.

Diante dessas informações depreende-se que os arts. 173 e 175 da Constituição podem ser usados para regular as atividades em comento, desde que observadas as predefinições constantes no art. 223 do texto constitucional<sup>488</sup>. Em outros termos, a incidência dos referidos dispositivos é norteada pelas determinações constitucionais específicas do setor de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Dessa maneira, o regime geral dos serviços públicos é dimensionado de modo a não incidir sobre as atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens no que concerne à competência para delegação e à forma de prestação, a qual, ressalte-se, será necessariamente estatal, pública e privada, observando-se o sistema de complementaridade<sup>489</sup>. A aplicação do

autorização. Isso ocorre justamente por força do art. 223 que exige a complementaridade dos sistemas prestacionais público, privado e estatal. A observância dessa complementaridade obriga o Estado a estar presente no setor, do mesmo modo que o obriga a possibilitar a presença de particulares. Sobre o tema, conferir: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 707.

<sup>487</sup> CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2013. p. 55. O autor salienta que “a dimensão extraeconômica da exploração dos meios de comunicação social veio a fundamentar a disciplina posta pelo artigo 223 da Constituição Federal derogando o regime comum das delegações de serviço público ao particular, retirando as concessões e permissões para o desenvolvimento da radiodifusão da esfera exclusiva do Poder Executivo, convocando a participação do legislativo, no que diz respeito à outorga [...] e à renovação [...], e do Poder Judiciário no que diz respeito à cassação de tais delegações”.

<sup>488</sup> Cumpre mencionar o posicionamento de Eros Grau, para quem as atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens são sempre serviços públicos, porquanto prestadas mediante delegação do Poder Público e sob regime jurídico especial. Dessa maneira, as relações estabelecidas entre delegante e delegado seriam de direito público e sobre a atividade incidiriam obrigações de serviço público, como o princípio da continuidade. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988: interpretação e crítica**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 138 – 139. Concorde-se apenas em parte com o posicionamento do autor, considerando que, de acordo com o entendimento defendido neste estudo, a atribuição de uma competência material ao Estado não a qualifica automaticamente como serviço público. No caso em questão, verifica-se que, pelo sistema prestacional definido pela Constituição, parcela da atividade se submeterá ao regime jurídico dos serviços públicos, com algumas peculiaridades estabelecidas pelo texto constitucional. Nesse âmbito, concorda-se com as afirmações do autor citado. Contudo, outra parcela da atividade deverá, necessariamente, se submeter ao regime jurídico de direito privado, hipótese em que o raciocínio desenvolvido pelo mencionado autor não terá aplicação. No mesmo sentido, as afirmações do aludido autor não se aplicarão aos casos em que o Estado opte por prestar a atividade também sob o regime jurídico de direito privado. A propósito, abordando os aspectos do enquadramento da atividade de comunicação social na ordem econômica, conferir: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2013. Esse autor, ao longo do texto (em especial no segundo e no quarto capítulo), demonstra que determinadas atividades pertencentes ao setor em análise aproximam-se da noção de serviço público (como seria o caso da radiodifusão educativa), enquanto outras se caracterizam como atividades econômicas (como, por exemplo, a radiodifusão comercial), marcadas por um evidente interesse público. Nesse contexto, seria adequada a aplicação dos princípios gerais dispostos nos arts. 170 a 175 da Constituição às atividades de comunicação social.

<sup>489</sup> A propósito, do ponto de vista infraconstitucional, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens são regulados pelo Código Brasileiro de Telecomunicações, estando parcialmente fora das competências da ANATEL (art. 211 da Lei 9.472/97) e do âmbito de incidência da Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (art. 41 da Lei 8.987/95).

art. 175 da Constituição se limitaria a regramentos como a obrigatoriedade de licitação, a observância dos princípios e obrigações dos serviços públicos, bem como das prerrogativas relativas ao modo de prestação da atividade<sup>490</sup>.

Do mesmo modo, a incidência do art. 173 da Constituição deverá ser dosada pelas disposições constantes no art. 223 da Constituição. Logo, optando a União pela exploração direta da competência material que lhe foi atribuída, sob o regime jurídico de direito privado, deverá, obrigatoriamente, atentar para mecanismos que permitam a exploração simultânea em regime de direito público, considerando o comando do art. 223 da Constituição.

Trata-se, nesse particular, da impossibilidade de optar-se exclusivamente pelo regime de direito privado. Essa impossibilidade está relacionada com a obrigatoriedade de delegação da atividade, por meio de concessão ou permissão, em regime de serviço público, ainda que em conjunto haja prestação direta pelo Estado.

Cumprе reforçar que não há a obrigatoriedade de que o Estado aja diretamente sob o regime jurídico de serviço público. O que existe é a determinação de que o Estado atue diretamente nesse setor (prestação estatal, sem predefinição do regime jurídico), e que as atividades sejam oferecidas em regime de direito público (concessão ou permissão a particulares, ou seja, prestação indireta de serviço público).

Além disso, há a autorização para as hipóteses de prestação do serviço por particulares em regime de direito privado. Tal formato prestacional, que agrega uma série de agentes em regimes jurídicos diversos, relaciona-se ao preceito estabelecido no art. 220, § 5º, da Constituição, que veda a existência de monopólios ou oligopólios no setor.

Outra atividade que merece destaque é a registral e notarial. Isso porque é uma competência que possui elementos que a relacionaria aos regimes jurídicos do art. 173 e 175 da Constituição. A rigor, a proximidade ao art. 175 decorre da possibilidade de delegação da competência material, ao passo em que a proximidade com o art. 173 advém da organização em regime jurídico de direito privado da prestação atividade<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> Sobre a incidência dos regramentos do art. 175 da Constituição às atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens, mormente no que concerne às obrigações (deveres) de manter serviço adequado nos aspectos da atualidade e da continuidade, conferir ADI 3.944, de relatoria do Min. Ayres Britto.

<sup>491</sup> Cumprе deixar vincado o nosso posicionamento de que as atividades notariais e de registro não são serviços públicos em sentido estrito. Dessa maneira, a abordagem do tema, neste momento do estudo, se justifica apenas pelo fato de o serviço se constituir em uma competência material do Estado que possui um elemento que poderia sugerir a relação entre a atividade em questão e o regime jurídico do art. 175. Esse elemento seria a delegação da atividade a particulares para prestação dos serviços sob regime jurídico de direito privado. Na linha do que se vem sustentando nesse trabalho, todas as competências materiais do Estado, de cunho prestacional e natureza econômica, passíveis de gestão em regime privado, poderiam ser submetidas ao regime do art. 175 ou art. 173. Por essa razão, importa esclarecer os motivos pelos quais o regime

Não obstante, o delineamento específico do regime jurídico da atividade em questão a afasta da incidência do art. 173 da Constituição, cujo regime jurídico é incompatível com as atividades notariais e registrais. No que concerne ao art. 175 da Constituição, o afastamento não é completo, mas a incidência desse dispositivo é limitada pelas predefinições específicas constantes no texto constitucional sobre a atividade em questão.

É possível afirmar que as atividades notariais e registrais possuem traços que as aproximam do regime jurídico de serviço público delegado, tais como o fato de o delegatário exercer a atividade com a possibilidade de auxílio de prepostos, sobre os quais possui responsabilidade laboral e civil, e estar sujeito ao CDC e à tributação sobre serviço<sup>492</sup>.

Portanto, em termos de proximidade com o regime jurídico correspondente à gestão dos serviços públicos delegados, tem-se as obrigações tributárias, civis e trabalhistas, e a incidência do CDC. Em resumo, tem-se a aplicação de um regime jurídico semelhante ao incidente sobre as entidades privadas que prestam serviços públicos.

Já em termos de distinção, tem-se que a fiscalização se dá pelo Poder Judiciário (e não por entidades relacionadas ao Poder Executivo), conforme preceitua o art. 236, § 1º, não há constituição empresarial do prestador da atividade, a delegação é precedida de concurso público de provas e títulos e não de licitação. Além disso, a contraprestação se dá por emolumentos, espécie de taxa, e não por tarifa ou preço público<sup>493</sup>, inexistindo uma política tarifária correspondente à atividade (art. 236, § 2º). Ademais, em princípio, o Estado responde objetivamente pelos danos causados no exercício da atividade em tela<sup>494</sup>.

---

preestabelecido constitucionalmente para esta atividade dimensiona, a tal ponto de neutralizar, a incidência dos aludidos regimes jurídicos.

<sup>492</sup> MAFFINI, Rafael da Cás. Regulação da função notarial e registral e os limites normativos do Poder Judiciário. **Revista de Direito Imobiliário**, São Paulo, n. 79, p. 179 – 201, jul./dez. 2015. p. 180 e p. 181 – 183. Esse autor menciona o julgamento da ADI 3.089 (rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa), em que se entendeu pela incidência de ISS sobre as atividades notariais e registrais, em razão, dentre outros argumentos, de sua proximidade ao regime dos serviços públicos concedidos, sobre os quais incide tributação. Depois, aduz, ainda, que o próprio STF apresenta algumas balizas relativamente seguras para a adequada compreensão da natureza jurídico-constitucional da delegação notarial e registral. Nesse sentido, cita a ADI 3.151 e a ADI 2.415, ambas de relatoria do Min. Carlos Ayres Britto. Na ADI 2.415 extrai-se que tais atividades são próprias do Estado, mas exercidas por delegação e que são exercidas ou trespassadas de maneira diversa da concessão e da permissão prevista no art. 175 da Constituição, de modo que essa delegação não se traduz em cláusulas contratuais. Além disso, as atividades citadas não podem ser delegadas a empresas ou pessoas mercantis, somente a pessoas naturais que são selecionadas por meio de concurso público. Ademais, tratam-se de atividades que são remuneradas por emolumentos, e não por tarifa ou preço público. Por fim, são atividades que são reguladas pelo Poder Judiciário, e não pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo.

<sup>493</sup> Sobre a natureza jurídica de taxa atribuída aos emolumentos cobrados pelas serventias judiciais e extrajudiciais, conferir: ADI 3.694 de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>494</sup> Nesse sentido, reconhecendo que o Estado é objetivamente responsável pelos atos dos titulares de cartórios e registros extrajudiciais, ver: Ag-RE nº 209.354-8, de relatoria do Min. Carlos Veloso. Cumpre mencionar, ainda, o RE 842.846, de relatoria do Min. Luiz Fux. No âmbito desse recurso, que pende de julgamento de mérito, foi reconhecida a repercussão geral do assunto (tema 777).

Diante do exposto, verifica-se que na Constituição de 1988 existem competências materiais com aspectos específicos do seu regime jurídico predefinidos. Essa predefinição dimensionada a aplicação dos regimes jurídicos prestacionais colocados à disposição do Estado, podendo inclusive afastá-los por completo. Essa predefinição orienta e limita a atividade do legislador no que tange à especificação dos regramentos das atividades em tela.

#### **4.4 O conceito de serviço público a partir de sua função: análise da questão dos serviços públicos econômicos municipais e estaduais**

No âmbito dos municípios, a partir de uma leitura literal da Constituição de 1988, a definição do que se constitui como serviço público está vinculada à identificação das atividades que possuam interesse local. Logo, o elemento de destaque é o material (interesse público). Situação semelhante é a que ocorre com os estados-membros, nos quais os serviços públicos vinculam-se à noção de interesse regional. Em ambos os casos, ressalvam-se as atividades previstas no texto da Constituição de 1988 como de titularidade dos citados entes da federação.

Nesse sentido, a identificação dos serviços públicos em tais âmbitos não pode estar submetida estritamente nem aos critérios clássicos de identificação dos serviços públicos, nem aos mesmos critérios somados ao critério formal-normativo. Isso porque, ao contrário do que acontece com a União, a Constituição de 1988 não contém um rol completo de atividades de competência dos estados-membros e municípios.

Ademais, os critérios clássicos, do mesmo modo como acontece com os serviços públicos em geral, não delimitam com precisão os casos de serviços públicos estaduais e municipais, na medida em que todas as atividades estatais possuem, em seu conceito, os elementos material, formal e orgânico. Assim, o problema nesses âmbitos da federação não está situado apenas na identificação dos serviços públicos, uma vez que, para isso, valem as mesmas regras e orientações (com todas as suas imprecisões) aplicáveis à União.

A dificuldade está situada na criação de novos casos de serviços públicos e na qualificação como serviço público de atividades não atribuídas pelo texto constitucional aos estados-membros e aos municípios. É em tal perspectiva que os critérios clássicos são insuficientes para observar essa espécie de atividade do Estado no âmbito dos mencionados entes da federação<sup>495</sup>.

---

<sup>495</sup> Ressalte-se que a diferença fundamental entre a situação da União e a dos demais entes da federação está no âmbito em que a problemática acerca dos serviços públicos se coloca. A União enfrentará problemas apenas

O critério material é pressuposto de criação de novos serviços públicos estaduais ou municipais (e da qualificação como tal das atividades não previstas pela Constituição de 1988 como competência desses entes da federação), ao mesmo tempo em que está presente em toda e qualquer atividade que seja qualificada como serviço público. A amplitude desse critério impede que ele seja o único fundamento para tanto. Além disso, outras atividades possuirão interesse local ou regional e não serão serviços públicos e, em vários casos, nem sequer serão de competência do Estado.

O critério material está presente em todas as atividades de competência do Estado, possuindo um especial dimensionamento no âmbito dos serviços públicos dos entes federativos citados. Esse especial dimensionamento consiste na especificação de que os serviços públicos municipais serão aqueles de interesse local, enquanto os estaduais serão os residuais e de interesse regional.

O critério formal-funcional é concomitante a criação de novos serviços públicos (e da qualificação como tal das atividades não previstas pela Constituição de 1988 como competência dos mencionados entes da federação), dado que a qualificação de uma determinada atividade de interesse público como serviço público implica na atribuição, simultânea, do regime jurídico correspondente. Trata-se, como visto, de um elemento de identificação e de descrição de serviços públicos, pois se constitui no regime jurídico relativo à atividade qualificada como serviço público.

O critério orgânico e o critério formal-normativo são os mais problemáticos, em razão de que é na Constituição de 1988 que está disposta a existência de uma *summa divisio*. Dessa forma, toda e qualquer atribuição de titularidade de determinada atividade aos estados-membros e municípios implica, diretamente, em uma restrição à livre iniciativa, pois a atividade deixa de pertencer aos particulares para pertencer ao Estado.

---

para instituição de novos casos de serviço público quando as atividades correspondentes não estiverem em seu rol de competências materiais, ou seja, quando não forem de sua titularidade. Se a atividade já for de competência da União, a problemática resume-se à observância de critérios para escolha do regime jurídico incidente sobre as atividades, procedimento a ser efetuado pelo legislador ordinário. Além desse problema relativo à escolha do regime jurídico a ser atribuído às atividades que já são de suas competências, os estados-membros e municípios enfrentam outra questão. Ao contrário do que acontece com a União, não há um rol taxativo de competências materiais (no que se incluem as de cunho prestacional e natureza econômica) atribuídas aos estados-membros e municípios. Salvo referências específicas, a Constituição limita-se a dizer que competem aos municípios os serviços de interesse local e aos estados-membros as competências que não lhes sejam vedadas. Essa circunstância indica que os aludidos entes da federação deverão definir as atividades que serão de sua competência. Logo, em relação à Constituição de 1988, todas as competências definidas pelos próprios estados-membros e municípios serão inovações. Isso significa que uma problemática que a União somente enfrentará em tese e extraordinariamente – a *publicatio* de determinada atividade – é uma questão prática e ordinária aos demais entes da federação.

Por conseguinte, a primeira dificuldade no estabelecimento de serviços públicos municipais e estaduais está no exercício da *publicatio* sobre uma atividade considerada de interesse local ou regional, de modo a inseri-la no rol de competências públicas elencadas em Lei Orgânica ou em Constituição Estadual. A segunda dificuldade está na qualificação dessa atividade como serviço público por meio da atribuição do regime correspondente<sup>496</sup>.

Essa tensão gera para a doutrina uma série de dificuldades quanto à conceituação de serviço público no âmbito Constitucional. Por mais bem fundamentada que seja a construção do conceito de serviço público, a tentativa de sua transposição para o âmbito municipal e estadual demonstra a inviabilidade da sua aplicação. Como dito, a principal causa disso diz respeito ao fato de a CRFB/88 ter atribuído maior importância ao critério material, sem indicar, de maneira completa, quais as atividades competem aos aludidos entes da federação.

Como sintomas dessa inviabilidade, tem-se a enunciação de conceitos, e mesmo exemplos, bastante genéricos e abstratos, quase que exclusivamente baseados na construção de um conceito pelo critério negativo (ou seja: o que não é serviço público). É justamente nesse contexto que se pretende testar o conceito proposto para o instituto a partir da aduzida função que exerce.

A respeito do sentido orgânico e do sentido material na acepção ampla de serviço público, não há dificuldades nas suas respectivas análises em âmbito estadual e municipal. Isso porque a própria Constituição de 1988 utiliza a expressão em tela nos referidos sentidos e dimensão em relação direta aos entes federativos citados e às suas atividades.

Assim, como visto acima, há dispositivos constitucionais que utilizam o termo “serviço público” em referência direta aos próprios estados e municípios, bem como a todas as atividades por eles exercidas, de maneira explícita ou por incidência do princípio da simetria. A partir daí, verifica-se que as incertezas constam no domínio do sentido formal e do sentido material na acepção restrita.

Inicialmente, o que se sabe é que a definição de serviço público, em seu sentido material, impõe a presença dos três elementos conceituais clássicos (material, orgânico e formal), de modo que todo o serviço público deve os possuir, mas nem todas as atividades que os possuem são serviços públicos. Ademais, tem-se que em sentido formal o serviço público é um regime jurídico atribuível às atividades materiais de cunho prestacional e natureza econômica de competência do Estado.

---

<sup>496</sup> Cumpre apenas reforçar que esse segundo procedimento é a função do conceito de serviço público. Trata-se da aplicação do sentido formal de serviço público sobre atividades materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado, as quais serão qualificadas como serviço público em sentido material na acepção estrita.

Depois, sabe-se que a definição do que é serviço público é alocada em duas instâncias, cada qual com seus procedimentos próprios. Em primeiro lugar, atribui-se a titularidade de determinada atividade ao Estado, o que só pode ocorrer em observância à *summa divisio* disposta constitucionalmente. Em segundo lugar, nos casos em que a própria Constituição não tenha feito isso, o legislador ordinário pode atribuir o regime jurídico de serviço público a atividades titularizadas pelo Estado, o que se dá pela atribuição de regras gerais (núcleo duro dos serviços públicos) e específicas<sup>497</sup>.

No caso dos entes da federação referidos, além do que dispõe a CRFB/1988<sup>498</sup>, a primeira fase deve ocorrer no âmbito da Constituição Estadual e Lei Orgânica, por força do princípio da simetria. Porém, ao contrário do que acontece no âmbito do Poder Constituinte Originário, essa definição sofre as limitações que a ordem constitucional lhe impõe<sup>499</sup>.

Dentre tais limites estão os que decorrem da livre iniciativa. Assim, a Lei Orgânica ou a Constituição Estadual somente poderão atribuir à titularidade de certa atividade ao município ou ao estado-membro se tal atividade não estiver, antes, atribuída à livre iniciativa.

<sup>497</sup> Como bases nesses pressupostos que se discorda de Marçal Justen Filho. Embora reconheça que os serviços públicos são de titularidade do Estado, o autor entende que não é a titularidade do serviço pelo Estado que o qualifica como serviço público, mas o oposto. Nesse sentido, afirma que o serviço é de titularidade do Estado por ser público. Logo, a atribuição da titularidade de um serviço ao Estado é consequência do seu reconhecimento como serviço público. Prossegue aduzindo que, sob a perspectiva lógica, o serviço é público antes de ser estatal. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 21. Na verdade, entendemos que, do ponto de vista lógico, a atividade é identificada como vinculada ao interesse público (formado, atualmente, pela satisfação a direitos fundamentais), então é atribuída ao Estado pela Constituição (originariamente ou por reforma). Posteriormente, o legislador ordinário define (se a própria Constituição não o tiver feito) o regime jurídico prestacional da atividade, ao estabelecer na legislação ordinária o marco regulatório prestacional correspondente. Nessa ocasião, poderá optar pelo regime jurídico do art. 173 (regime de direito privado) ou pelo do art. 175 (regime geral dos serviços público). Nesse segundo caso, a atividade será qualificada como serviço público.

<sup>498</sup> No ponto, cumpre observar que as competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica dos municípios e dos estados-membros podem ser identificadas no âmbito da Constituição de 1988 a partir do princípio da simetria. Assim, o serviço de transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros é de competência dos estados-membros, sem que haja predefinição do regime jurídico de regência (no caso da União, há omissão quanto regime, ao passo em que no caso dos municípios o regime jurídico é preestabelecido como de serviço público). O mesmo se aplica para outras atividades, tais como: transporte aquaviário (se se realizarem entre portos ou fronteiras municipais, que não sejam internacionais, poderão ser de competência estadual; se se realizarem dentro de determinado município, poderão ser de competência municipal). Há, ainda, as competências materiais comuns aos entes da federação (as quais parecem, contudo, se tratar de atividades que se enquadram apenas em uma definição ampla de serviço público, salvo a atividade de saneamento básico). Nesse sentido, ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 704 – 705.

<sup>499</sup> Existe entendimento no sentido de que no âmbito dos estados-membros e municípios é possível a instituição de serviços públicos por meio de lei ordinária. Por todos, conferir, CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 227 – 229. Discorda-se desse posicionamento. Isso porque não se verifica no texto constitucional uma autorização para instituição de serviços públicos por lei ordinária, salvo no que concerne à atribuição de um regime jurídico a uma atividade que já seja de competência de determinado ente federativo. Considerando que as competências matérias dos municípios e estados-membros devem constar na lei orgânica ou na Constituição estadual, salvo as que estejam previstas na Constituição da República, o procedimento de *publicatio*, precedente à instituição de um serviço público, deve ocorrer por intermédio da alteração nas referidas normas (lei orgânica, Constituição estadual ou, no limite, Constituição da República).

A identificação desse fenômeno, a despeito de suas complexidades, consiste basicamente em verificar se no âmbito federativo a atividade já é prestada por particulares e, em caso negativo, se pode ser prestada. A possibilidade de prestação da atividade pela iniciativa privada corresponde à observação de se os particulares possuem as condições materiais para prestar tais atividades, bem como se têm interesse em fazê-lo<sup>500</sup>.

Essa averiguação está relacionada ao fato de que tudo o que não for reservado ao Estado (art. 170 e 173 da CRFB/88), nem proibido pelo direito (art. 5, II, da CRFB/88), pertence à iniciativa privada, ou seja, ao lado privado da ordem econômica. Nessa perspectiva, a presença da iniciativa privada, efetiva ou potencial, impede a *publicatio* em âmbito estadual e municipal. Isso porque o direito dos particulares decorre da Constituição da República, hierarquicamente superior às normas locais.

A ausência da iniciativa privada em determinado campo econômico de interesse local ou regional, por outro lado, permite a *publicatio* da atividade correspondente, em razão da necessidade de suprimento das demandas relativas ao setor. O primeiro dado relevante que se infere desse conjunto de afirmações é o de que determinada atividade qualificada como serviço público em certo estado-membro ou município poderá não o ser em outra unidade da federação. Aliás, a mesma atividade poderá nem sequer ser de competência do Estado em outra localidade<sup>501</sup>.

Então, supondo que a atividade não seja prestada por particulares, a segunda fase do procedimento local de exercício da *publicatio* (verificação de se a atividade pode ser prestada por particulares) perpassa pelos modos de ação do Estado no domínio econômico. Isso

<sup>500</sup> A partir disso, verifica-se que não é suficiente a existência de interesse público, isto é, a presença do elemento material (interesse local ou interesse regional e residual), para que determinada atividade sofra a *publicatio* e, posteriormente, seja considerada como serviço público. É necessário que a iniciativa privada seja incapaz de prestar tal atividade. Conferir, ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 183 – 189. Ou, ainda, é preciso que haja outras questões relativas ao exercício da atividade que imponham sua titularidade pelo Estado. Nesse sentido, os pressupostos previstos no art. 173 são bons indícios, embora não sejam suficientes. A insuficiência decorre do fato de que a presença exclusiva deles (relevante interesse coletivo e/ou imperativos de segurança nacional) autoriza apenas a intervenção do Estado no domínio econômico, por meio de exercício de atividade privada em regime de concorrência. Situação que é bastante diversa da *publicatio*, sendo menos drástica. Então, poder-se-ia cogitar que a presença dos aludidos pressupostos somados à ausência de interesse no setor pela iniciativa privada – ou, ainda, sua incapacidade – permitiria a *publicatio*.

<sup>501</sup> Como exemplo, poder-se-ia referir os serviços funerários. Conforme tratado na ADI 1221, de relatoria do Min. Carlos Velloso, as atividades citadas são tradicionalmente de competência local. Apesar disso, Fernando Herren, por exemplo, entende que essa atividade não é serviço público municipal, mas sim livre à iniciativa privada. O autor chega a afirmar que as leis municipais que tratam a atividade como serviço público são inconstitucionais. AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 362 – 363. Em princípio, a atividade em tela é da iniciativa privada. Porém, considerando os pressupostos elencados na dissertação, essa atividade poderá, no limite, se tornar um serviço público exclusivo, dependendo do município em que estiver inserida. A definição de se a atividade será reservada ao Estado deverá constar na Lei Orgânica municipal. Já a qualificação como serviço público, caso a própria Lei Orgânica não tenha feito, deverá constar em lei ordinária.



significa dizer, do ponto de vista prático, que o ente federado deverá, com o escopo de respeitar a *summa divisio* disposta na Constituição de 1988, agir no e sobre o domínio econômico pelos meios que equivalham a menor restrição.

Essa gradação da intervenção por meios menos restritivos à iniciativa privada decorre do dever de respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, com especial atenção ao de livre iniciativa. Para a avaliação do melhor mecanismo de ação no ou sobre o domínio econômico deve ser realizado um exame de proporcionalidade entre a finalidade que se pretende alcançar e as restrições a serem impostas aos direitos fundamentais de livre iniciativa, de iniciativa privada e de livre concorrência.

A ação do Estado no ou sobre o domínio econômico deve objetivar a concretização e/ou proteção de direitos fundamentais dos destinatários da atividade e o cumprimento dos objetivos estatais. Esses escopos são componentes da noção de interesse público. A satisfação desse interesse público é a finalidade que norteia a ação dos entes federativos locais.

O resultado do confronto entre os direitos fundamentais dos destinatários do setor econômico em foco e os dos particulares interessados em atuar no mesmo setor, oferecendo as atividades que o compõe, é o parâmetro definidor da proporção da ação do Estado e, em última instância, do regime jurídico correspondente à ação. O alcance de tal resultado impõe o referido exame de proporcionalidade.

Esse exame de proporcionalidade deve ser efetivado a partir da análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é relativa à identificação de se o meio promove o fim. A necessidade refere-se à averiguação de qual meio, dentre os adequados à promoção do fim, é menos restritivo dos direitos fundamentais. A proporcionalidade em sentido estrito consiste na observação da correspondência entre as vantagens produzidas pela promoção do fim e as desvantagens oriundas da adoção do meio<sup>502</sup>.

A aplicação dessas considerações ao caso em foco permite a compreensão do procedimento por meio do qual se determina a ação do Estado no ou sobre o domínio econômico, em relação a certa atividade que não foi atribuída como competência sua pela Constituição. Isso demonstra que a escolha do legislador sobre os meios não é totalmente livre, estando submetida à verificação da proporcionalidade do instrumento a ser utilizado<sup>503</sup>.

---

<sup>502</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182 – 196. Ver, também: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 587 – 611.

<sup>503</sup> Tratando estritamente da instituição de serviços públicos, conferir sobre o tema: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 111. Nas palavras do autor:

A ação deverá, dessa maneira, iniciar, conforme o caso, pelo fomento, passando pela regulação e pela intervenção (art. 173, segunda parte), para somente por fim chegar-se à atribuição da titularidade da atividade ao Estado (forma mais restritiva, pois retira a atividade do âmbito da livre iniciativa)<sup>504</sup>. As considerações até aqui expedidas acerca do exercício da *publicatio* aplicam-se também para hipótese de emenda à Constituição de 1988 que vise à atribuição de uma nova competência material ao Estado.

Estabelecida a atividade como titularidade do Estado, inicialmente, deve-se primar pela prestação por intermédio da ação pelo regime jurídico de direito privado (art. 173, primeira parte) ou como prestação de serviço público, mas com possibilidade de concorrência, e, somente em última instância, como serviço público sem concorrência. Esse mesmo conjunto de fundamentos, *mutatis mutandis*, é aplicável aos serviços públicos estaduais.

A definição desse procedimento a ser seguido pelos estados-membros e municípios é a expressão de uma das facetas do princípio da subsidiariedade no âmbito da ação do Estado no domínio econômico<sup>505</sup>. Esse princípio visa a explicar como o Estado pode exercer suas

---

“trazendo-se essas considerações para o caso em análise (isto é, prestação dos serviços públicos), entendemos que a possibilidade jurídica de se instituir um determinado serviço público dependerá da *proporcionalidade* da medida em vista do direito fundamental à livre iniciativa, de tal forma que: (i) a instituição do serviço público deverá ser meio *adequado* à satisfação de um determinado direito fundamental; (ii) a instituição do serviço público deverá ser *necessária* à realização daquele determinado direito fundamental; e (iii) a restrição imposta ao direito fundamental à livre iniciativa deverá *proporcional* ao benefício emergente da satisfação do outro direito fundamental por meio da instituição do serviço público; daí porque poderão se admitir gradações na limitação ao direito fundamental à livre iniciativa” (grifos no original). Esse mesmo raciocínio é aplicável à escolha do modo de ação no ou sobre o domínio econômico e ao exercício da *publicatio*, bem como à escolha e à definição do regime jurídico da atividade.

<sup>504</sup> No ponto, vale consignar que é plenamente possível que os estados-membros e municípios criem empresas estatais para intervir no domínio econômico, na forma do art. 173 da Constituição, e não apenas para prestar serviços públicos, o que remeteria ao art. 175. Conforme Odete Medauar, esse é o entendimento predominante, apesar de existirem autores que pensam que a intervenção no domínio econômico é exclusividade da União. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Corroborando o entendimento da autora mencionada, José Afonso da Silva aduz que o termo “Estado” constante no art. 173 da Constituição abrange todas as esferas da federação, do contrário, constaria, em substituição, a palavra “União”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 736. Evidentemente que somente a União poderá fundamentar sua intervenção no domínio econômico no pressuposto de segurança nacional, caso em que agirá em nome da República Federativa do Brasil.

<sup>505</sup> Tradicionalmente, esse princípio é fundamentado, em termos de direito constitucional positivo, no art. 173 da Constituição, que exige a observância de requisitos específicos para a intervenção do Estado no domínio econômico. Aliás, segundo o professor Ricardo Camargo, o referido princípio é a fonte teórica do mencionado dispositivo. CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 09. Logicamente, que, para os fins ora propostos, o princípio da subsidiariedade não pode se lastrear somente no referido dispositivo, uma vez que a busca é pela definição das razões pelas quais o Estado deve agir por meio de formas menos incisivas a esfera privada do domínio econômico.

competências, definindo o seu âmbito de atuação e intervenção, pois é instrumento de liberdade ao mesmo tempo em que não propõe o esvaziamento dos poderes públicos<sup>506</sup>.

O princípio da subsidiariedade, na seara em tela, propõe-se a auxiliar na identificação da fronteira entre as competências do Estado e dos particulares. Para tanto, duas premissas são importantes. A primeira é a de que o Estado deve respeitar os direitos fundamentais, por intermédio do reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a ação estatal (mormente a interventiva). Nessa linha de raciocínio, o Estado deve abster-se de exercer atividades que os particulares têm condições de exercer por iniciativa própria e com seus próprios recursos. A segunda premissa é a de que o Estado deve fomentar, coordenar e fiscalizar os particulares com o escopo de auxiliá-los no sucesso de seus empreendimentos<sup>507</sup>.

A partir daí o que se propõe é que a repartição de competências seja dimensionada de acordo com as capacidades e necessidades das esferas pública e privada. Isso deve ser feito por meio dos aludidos instrumentos e limites previstos na Constituição, respeitando os direitos fundamentais relacionados à atividade cuja competência e/ou regime jurídico se busca definir.

A rigor, aplica-se também no âmbito da União esse conjunto de informações inerentes aos fundamentos de definição do regime jurídico regulatório das competências públicas. Em outras palavras, o citado conjunto de preceitos deve ser observado, na seara federal, pelo legislador ordinário quando for atribuir um dos regimes jurídicos gerais à determinada competência material da União, bem como quando for delinear os seus aspectos específicos.

---

<sup>506</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, p. 21 – 54, abr./jun. 1995. p. 40 – 41 e 51 – 52. O autor aduz que “a subsidiariedade não deve ser interpretada como um princípio que propõe o Estado mínimo e débil, que se retrai a simples funções de vigilância, resguardo ou arbitragem. Com isso, estaria declinando de toda promoção do bem-estar, de toda presença ativa para orientar e articular as atividades humanas. Não objetiva destruir as competências estatais, mas reordená-las, de maneira idônea e responsável. O princípio de subsidiariedade não pode converter-se em seu oposto, isto é, o de anti-subsidiariedade. Nesse último, o homem e as sociedades intermediárias não deveriam fazer tudo que é capaz de fazer o próprio Estado. A inversão da fórmula, contrariando a subsidiariedade, leva a uma posição estatista. [...] Tratando-se de igual eficácia, deve se dar preferência não ao nível estatal. Entende-se que quando alguma tarefa pode ser cumprida pelo homem ou pelos grupos sociais, bem como pelo Estado, deve-se dar preferências aos primeiros. O princípio da subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo desse ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social. Possibilita desenvolver as formas associativas e uma coordenação das atividades estatais de fomento. O princípio de subsidiariedade aplica-se nos âmbitos em que a ordem e o poder têm limitações razoáveis, ao mesmo tempo que a economia deve conviver com a liberdade. O princípio de subsidiariedade visa a suprir a iniciativa privada impotente ou ineficaz, mediante a ação do Estado, propiciando a sociedade resultados benéficos. Ele equilibra a liberdade, detém o intervencionismo estatal indevido, em áreas próprias da sociedade, possibilitando ao Estado ajudar, promover, coordenar controlar e suprir as atividades do pluralismo social”.

<sup>507</sup> Conferir: DI PIETRO, Maria Sylvia. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev. /mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014. p. 21 – 22.

Assim, a definição do regime jurídico incidente sobre determinada tarefa e/ou a sua inserção no domínio público ou privado deverá considerar, de um lado, os direitos fundamentais relacionados à livre iniciativa e à iniciativa privada e, de outro, os direitos fundamentais dos destinatários (consumidores/utentes) da utilidade produzida pelo exercício da atividade. Essa afirmação se pauta na concepção de menor sacrifício dos direitos fundamentais em conflito.

Para finalizar, vale tratar, rapidamente, de um exemplo prático. A finalidade é ilustrar a incidência dos preceitos descritos acima, deixando claro o nosso posicionamento. O caso escolhido é relativo ao serviço de táxi, que é tradicionalmente colocado como competência dos municípios. Dependendo da abordagem, tal atividade é considerada serviço público, serviço de utilidade pública ou atividade privada sujeita ao poder de polícia ordinário. A opção por esse exemplo decorre dos recentes debates surgidos a partir do ingresso de serviços alternativos no mesmo segmento do mercado (o caso mais emblemático é o da empresa Uber).

Para evitar confusões terminológicas, consideraremos que o interesse local está presente na atividade de transporte individual de passageiros<sup>508</sup>. Essa atividade é o gênero do qual o serviço de táxi é espécie. O serviço de táxi consiste na atividade de transporte individual de passageiro de competência pública<sup>509</sup>.

A CRFB/88 nada refere acerca dessa atividade, de modo que ela não é atribuída aos municípios, nem possui um regime jurídico determinado<sup>510</sup>. Na linha do que sustentamos, considerando que a atividade é dotada de interesse local, em tese, compete aos municípios a *publicatio*, instituindo o serviço de táxi, e a posterior qualificação da atividade<sup>511</sup>.

<sup>508</sup> Assim, se ignorará, propositalmente, a possibilidade de em dado município a atividade não possuir nenhuma relevância. Como exemplo, poderíamos pensar em um município de pequena extensão relativamente bem servido pelo transporte coletivo.

<sup>509</sup> Para efeito de simplificação, estamos desconsiderando a classificação do serviço individual de passageiros em público e privado (art. 3º, § 2º, III, da Lei 12.587/2012). Entendemos que essa classificação é posterior a definição da titularidade sobre a atividade. Dessa maneira, supondo que a atividade seja disposta como competência do Estado, a subsequente atribuição de regime jurídico e o procedimento de redução teleológica indicarão a referida classificação. No primeiro caso, definindo a maneira como se dará a concorrência no setor, de modo a prever, por exemplo, a possibilidade de existência de serviço privado de transporte individual de passageiros. No segundo caso, excluindo determinadas atividades do âmbito de definição da competência, como, por exemplo, o transporte por meio de carros de luxo. Em tal hipótese, as atividades excluídas poderiam ser classificadas como serviço privado de transporte individual de passageiros.

<sup>510</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. p. 10. Tratando da Lei de Mobilidade Urbana, esse autor refere, ao longo do texto citado, que para a atividade em questão foram utilizados os conceitos francês (serviço público) e norte-americano (serviços de utilidade pública), que, para o mesmo setor, não são utilizados nem na França, nem nos Estados Unidos da América (p. 35 – 36).

<sup>511</sup> Nessa perspectiva que entendemos ser inconstitucional a Lei nº 12.587/12 – Lei de Mobilidade Urbana – no que tange à qualificação dos serviços de transporte urbano (ou, na dicção da lei: “serviço de transporte público individual de passageiro”), pois invade a esfera de competências dos outros entes da federação.

A *publicatio* deve ocorrer por meio da Lei Orgânica do município, que elencará a atividade como uma competência material, ou, até mesmo, no limite, como um serviço público<sup>512</sup>. Caso não haja a previsão como serviço público, compete ao legislador ordinário atribuir o regime jurídico de direito privado ou de serviço público à atividade e definir os regramentos específicos do regime jurídico escolhido.

Para a realização de procedimento de *publicatio* deve ser avaliado, como dito acima, se a iniciativa privada tem condições e interesse de prestar o serviço de transporte individual de passageiro. Se a resposta fosse afirmativa, independentemente do interesse público correspondente à atividade, o município não deveria efetuar o aludido procedimento, podendo inclusive ser arguida a inconstitucionalidade de tal ato.

Logo, naqueles municípios em que a atividade puder ser prestada por particulares, no âmbito da livre iniciativa, o Estado deve primar pela ação no domínio econômico por meio de formas menos incisivas. Tais formas deveriam ser graduadas de acordo com a capacidade, efetiva ou potencial, e interesse da iniciativa privada de atuar no setor. Nessa perspectiva, partiria do fomento, da regulação e da fiscalização em direção à intervenção e, no limite, à *publicatio*.

Nos locais em que a iniciativa privada já tenha as condições e o interesse em prestar tal serviço, o ente público poderia se valer do seu poder de regulador da atividade econômica, para evitar determinados problemas práticos, como, por exemplo, o uso de espaços públicos como pontos de estacionamento para os veículos destinados ao transporte individual de passageiros. O município poderia se valer, ainda, de seu poder de agente fiscalizador, a fim de evitar outros tipos de problemas práticos, como, por exemplo, os relativos à segurança do usuário e à qualidade do serviço prestado.

Já nos locais em que a iniciativa privada, embora tenha interesse, não possua as condições necessárias para prestar o serviço, o Estado deveria se valer do fomento para incentivar o desenvolvimento da atividade. Além disso, nessa hipótese ou no caso de falta circunstancial de interesse dos particulares, o Estado poderia intervir no setor, prestando a atividade sob o regime jurídico de direito privado. Assim, agiria com base no pressuposto no art. 173 (relevante interesse coletivo) sem vedar o exercício da atividade pela livre iniciativa, que tão logo alcançasse as condições suficientes poderia prestar o serviço por direito próprio.

---

<sup>512</sup> Já a partir dessa afirmação entendemos ser inconstitucionais, ou não recepcionadas pela Constituição de 1988, todas as leis municipais que qualificam o serviço de táxi como serviço público, quando a lei orgânica do município não elenca a atividade dentre as competências materiais desse ente da federação.

Todas essas formas de ação do Estado no domínio econômico antecedem a opção pela *publicatio*. De qualquer forma, caso o ato seja praticado, o regime jurídico de preferência deverá ser o de direito privado, sujeitando a atividade a um ambiente de concorrência. Nesse caso, será exigido dos particulares um título habilitador (como regra, a autorização) para o exercício da atividade (aqui, conforme visto acima, qualificada como serviço de utilidade pública à brasileira).

Em última instância, será estabelecido um regime de serviço público. Esse regime poderá ser dimensionado de modo a prever a prestação direta da atividade (embora seja uma visão incomum, para não dizer inexistente, no setor em análise) e/ou indireta. O delineamento desse regime jurídico poderá, ainda, permitir a concorrência de permissionários e concessionários entre si e entre a própria Administração Pública. A concorrência poderá, também, ser delineada de modo a permitir que haja concorrência entre agentes atuantes em regimes jurídicos distintos.

Esse conjunto de assertivas refere-se à forma como os municípios deveriam agir em relação à atividade observada, servindo como parâmetro para se aferir a constitucionalidade da configuração adotada para o setor. No entanto, é imprescindível reiterar que a *publicatio* restringe a livre iniciativa. Assim, enquanto não declarado formalmente a incompatibilidade de eventual marco regulatório da atividade de táxi, o fato de o serviço ser uma competência pública impede que a iniciativa privada ingresse no setor sem um título que a habilite.

Tal circunstância parece estar no cerne do debate acerca da competição entre as novas modalidades dos serviços de transporte individual de passageiros, ou seja, entre as atividades oferecidas pela empresa Uber (e outros aplicativos oferecidos por empresas diversas) e os táxis. No ponto, cumpre deixar vincado que a *publicatio* operada sobre a atividade mencionada afasta a possibilidade de a iniciativa privada prestar o mesmo serviço, salvo disposições normativas diversas, conforme visto ao longo deste estudo<sup>513</sup>.

---

<sup>513</sup> Nesse ponto, discorda-se de abordagens como as propostas por Fátima Nancy Andrighi. A Ministra do STJ propõe que a atividade exercida pelo Uber seja analisada pela conjugação harmônica do Código Civil e do Marco Civil da internet. Assim, na medida em que tais matérias não são de competência legislativa dos municípios, seriam inconstitucionais as leis locais que proibissem a atividade prestada pela Uber. ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 406 – 416, jan./abr. 2016. Do ponto de vista da competência para legislar sobre as matérias apontadas, a afirmação está correta. No entanto, a proibição do oferecimento dos serviços decorre, em geral, do fato de a atividade de transporte individual de passageiros ser de competência material dos municípios, em razão do interesse local. Vale lembrar que, pelo sistema adotado na Constituição de 1988, a atribuição de uma competência material carrega consigo a competência legislativa sobre a matéria. Essa circunstância já fundamentaria a possibilidade de proibição de funcionamento do serviço prestado pela empresa Uber. Porém, o argumento de maior contundência ainda é a titularidade da atividade. Os exemplos apresentados pela autora só são aceitáveis se forem considerados como excluídos da competência municipal, por meio do procedimento de redução teleológica. A ministra

Por conseguinte, estará vedado o exercício do serviço de transporte individual de passageiro nos municípios em que não se previu a possibilidade concorrência no setor. Nas localidades em que a concorrência é permitida, a participação da iniciativa privada deve observar o modo como tal circunstância está desenhada.

#### **4.5 Síntese conclusiva do capítulo**

Ao longo deste capítulo, buscou-se expor o sentido formal de serviço público. Em tal sentido, serviço público equivale a um regime jurídico atribuível às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. As atividades sobre as quais incide esse regime jurídico são inseridas na faceta econômica da acepção estrita do sentido material de serviço público. O procedimento de atribuição do regime jurídico às referidas competências é a função que a noção exerce.

O sentido formal de serviço público e o aspecto conceitual denominado de “função” são inovações do atual texto constitucional. A identificação dos pressupostos normativos dessas inovações, considerando a ausência de referenciais históricos específicos, exigiu a realização de uma breve análise da ordem econômica disposta na Constituição vigente.

A observação da ordem econômica se deu porque é nesse domínio que o sentido formal está disposto e, por consequência, é o âmbito no qual a função do conceito de serviço público opera. Na medida em que a abordagem acerca da ordem econômica seria muito ampla, restringiu-se o enfrentamento do tema às formas de atuação material do Estado. Assim, manteve-se a exposição centrada nos artigos 173, 175 e 177 da Constituição.

O art. 173 descreve as linhas gerais do regime jurídico de direito privado a ser observado pelo Estado. A incidência desse regime jurídico acontece em duas hipóteses. A primeira é na de intervenção do Estado no domínio econômico, cuja atividade correspondente necessariamente será executada sob o regime jurídico em tela. A segunda é na de atuação do Estado no domínio econômico. Nesse segundo caso, o regime jurídico em comento é alternativo ao dos serviços públicos.

O regime jurídico dos serviços públicos, em seus aspectos gerais, está previsto no art. 175 da Constituição. Nesse dispositivo não consta nenhum rol de atividades que se constituam

---

afirma que o aplicativo da Uber somente intermedeia a realização do contrato de transporte de passageiros prevista no Código Civil. Ocorre que o próprio Código Civil, ao abordar aspectos gerais da atividade, ressalva os casos em que o exercício da atividade exija algum título habilitador de exercício (art. 731), indicando que as suas normas se aplicam em conjunto com as normas correspondentes à concessão, permissão ou autorização para o exercício da atividade. Isso sugere, ainda, que a normas do Código Civil somente regulam sozinhas as atividades de transporte de passageiros que estejam fora da competência estatal.

em serviços públicos. Por sua vez, o art. 177 não dispõe de um regime jurídico, limitando-se a elencar atividades que se qualificam como monopólios.

O sentido formal de serviço público é identificado a partir da leitura do art. 173 da Constituição. A primeira parte desse dispositivo indica que há a previsão constitucional de atividades econômicas atribuídas ao Estado. Tais atividades podem se submeter ao regime jurídico descrito neste artigo ou ao regime jurídico previsto no art. 175. A incidência desse regime jurídico é balizada pela existência de indícios, ou seja, de elementos vinculados a tais atividades que as relacionam aos aludidos regimes jurídicos.

Assim, compete ao legislador ordinário atribuir um dos citados regimes jurídicos gerais às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. Ao fazer essa atribuição, deverão ser delineados os traços específicos do marco regulatório da atividade. A definição desses traços específicos conterà o delineamento do regime prestacional, dimensionando a participação da iniciativa privada.

A iniciativa privada poderá exercer atividades de competência do Estado, inclusive em regime de concorrência, na forma prevista pelo regime jurídico geral e especial do setor. A proporção dessa participação será definida, primeiramente, pela perspectiva legal e, depois, pela administrativa.

Na perspectiva legal, a participação da iniciativa privada e a possibilidade, ou não, de concorrência é estabelecida pela escolha do regime jurídico geral de prestação da atividade e pelas disposições específicas do regime jurídico. No regime jurídico de direito privado (art. 173) a concorrência é mais ampla em relação ao cenário decorrente da opção pelo regime jurídico dos serviços públicos (art. 175). Em ambas as hipóteses, a exploração pelo Estado poderá se dar de forma direta ou indireta, sendo nesse ponto que está inserida a perspectiva administrativa.

A exploração indireta no regime jurídico do art. 173 é instrumentalizada pelo uso da autorização. Esse mesmo instrumento serve para facilitar o ingresso de agentes privados no setor, com a finalidade de potencializar o ambiente concorrencial. Nos dois casos, as atividades exercidas pelos agentes privados podem ser qualificadas, tendo em vista a tradição, como serviços de utilidade pública à brasileira.

A exploração indireta no regime jurídico do art. 175 deve ser instrumentalizada pelo uso da concessão e/ou da permissão. A concorrência nesse caso é balizada pelo número de concessionários e/ou permissionários admitidos no setor. Essa concorrência pode incluir os órgãos e entidades do Estado que prestem o serviço público diretamente. O regime jurídico dos serviços públicos é dosado pela existência da concorrência.



Importa salientar que não há óbice que em determinado setor haja previsão de concorrência em regimes jurídicos diversos. Nesse caso, há, no mesmo ambiente, prestadores, diretos e/ou indiretos, de serviço público e agentes, público e/ou privados, em regime de direito privado.

Por conseguinte, nesse trabalho, consideramos que a ação material do Estado no domínio econômico se manifesta de três formas. Primeiro, por intervenção no domínio econômico, com base na segunda parte do art. 173. Segundo, por atuação em regime de direito privado, com base na primeira parte do art. 173. Terceiro, por atuação em regime jurídico de serviço público, conforme art. 175.

Vale lembrar que ação é gênero do qual são espécies a intervenção e a atuação. A primeira significa exercício de atividade de titularidade de outrem, já a segunda corresponde ao exercício de atividade de titularidade própria. Essas formas de ação e os regimes jurídicos correspondentes não se confundem com o regime jurídico das entidades por meio das quais o Estado age (empresas estatais, autarquias etc.).

Por outro lado, encontram-se na Constituição atividades cujos traços normativos estão dispostos de tal forma que limitam, ou até mesmo afastam, a incidência dos regimes jurídicos previstos no art. 173 e no art. 175 da Constituição. Como exemplos de atividades com previsões dessa natureza, têm-se os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens e as atividades notariais e de registro.

A partir do sentido formal e da função do conceito de serviço público foi possível avançar em relação à compreensão do funcionamento da noção em análise no âmbito estadual e municipal. Na ocasião, observou-se a aplicação da estrutura conceitual de serviço público disposta na Constituição em relação aos estados-membros e municípios.

Na mesma oportunidade, reiterou-se que a qualificação como serviço público só pode incidir sobre atividades de titularidade do Estado, bem como que essa titularidade restringe à livre iniciativa nos moldes do regime jurídico prestacional delineado para o exercício da atividade. Esses dois pontos consistem no cerne do debate acerca dos serviços públicos estaduais e municipais.

Considerando que a Constituição de 1988 não contém um rol taxativo de competências materiais dos entes da federação mencionados, o primeiro passo para definição dos serviços públicos estaduais e municipais é a *publicatio*. Ocorre que a atribuição da titularidade de atividades econômicas ao Estado implica em restrição à livre iniciativa.

Nesse contexto, a problemática em âmbito local e regional está situada na própria definição das competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado.

Isso porque, a *publicatio* produz um redimensionamento da *summa divisio*, tendo em vista que desloca uma dada atividade do domínio privado para o público. Essa *summa divisio* está disposta na Constituição de 1988, o que limita as normas jurídicas locais.

A solução desses conflitos é encontrada no princípio da subsidiariedade. Esse princípio indica o modo de ação do Estado no e sobre o domínio econômico, determinando a menor restrição aos direitos fundamentais de livre iniciativa e de iniciativa privada.

A avaliação da ação dos referidos entes da federação no e sobre o domínio econômico à luz do princípio da subsidiariedade e da estrutura conceitual de serviço público disposta na Constituição, com ênfase em sua função, possibilita solucionar tais conflitos de ordem normativa e entre direitos fundamentais. Isso porque apresenta, em respeito aos direitos fundamentais e os níveis normativos envolvidos, um caminho a ser seguido pelos citados entes da federação.

Além desse caminho a ser seguido, a compreensão da estrutura constitucional do conceito de serviço público permite que se entenda a ação dos estados e municípios no e sobre o domínio econômico. Os principais pontos percebidos a partir da aludida compreensão consistem na identificação de que: (a) nem todas as atividades atribuídas e/ou prestadas pelo Estado são serviços públicos; (b) somente determinadas competências materiais atribuídas ao Estado podem ser serviço público, (c) existe mais de um regime jurídico prestacional atribuível às competências materiais do Estado, (d) a atribuição de uma determinada atividade ao Estado, em regra, estabelece uma restrição à livre iniciativa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste momento não serão reiteradas todas as sínteses conclusivas elaboradas ao longo do trabalho. Este ponto busca apenas expor o modo como pensamos ter cumprido o objetivo geral da presente pesquisa. Vale lembrar que o objetivo geral deste estudo é a identificação da estrutura constitucional do conceito de serviço público.

Tal identificação impôs o percurso por determinado caminho, com a finalidade de identificar o conteúdo das proposições constantes na atual Constituição e, por consequência, a estrutura constitucional do conceito de serviço público. Por isso, observamos as fontes que inspiraram a construção do conceito pátrio de serviço público, bem como o modo de sua inserção e desenvolvimento no ordenamento jurídico nacional. Depois disso, estudamos como o resultado desse processo foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Seguindo esse itinerário, verificou-se que o conceito de serviço público francês e o de serviço de utilidade pública norte-americano não foram inseridos no Brasil de maneira exata, tendo adquirido peculiaridades nesse processo de importação. As peculiaridades mais notáveis são o status constitucional do tema e, especificamente em relação à noção norte-americana, a existência de vínculo orgânico.

Ao longo da trajetória constitucional brasileira a noção de serviço público e a de serviço de utilidade pública interagiram intensamente, gerando uma série de dificuldades conceituais à doutrina, à jurisprudência e ao legislador. De todo modo, entre a inserção doutrinária dessas noções, juntamente com outras correlatas, à luz da Constituição de 1891, passando pela positivação desses temas na Constituição de 1934, até a Constituição de 1967, não se observou modificações conceituais bruscas.

Em se tratando apenas de serviço público, a expressão nesse período foi utilizada nos sentidos orgânico e material. No sentido orgânico, o serviço público se referia aos órgãos e entidades do Estado. No sentido material, o termo se referia a atividades do Estado. Esse sentido era dimensionado em duas acepções, a saber: a ampla e a restrita. A primeira abarcava todas as atividades de competência do Estado. A segunda abrangia atividades específicas. Essas atividades específicas variavam de acordo com o paradigma político, social e econômico em que a Constituição estivesse inserida.

Com o advento da Constituição de 1988, a estrutura constitucional do conceito de serviço público se modifica em certos aspectos. A rigor, ela aumenta a sua complexidade pela inserção de um novo sentido e pelo redimensionamento das acepções do sentido material. A despeito disso, não houve modificações dos significados dos pontos mantidos.

A Constituição de 1988 trata de serviço público em três sentidos, quais sejam: o orgânico, o formal e o material. O sentido material é dimensionado nas acepções ampla e restrita. A acepção restrita possui duas variantes, a social e a econômica. Portanto, a modificação da estrutura conceitual operada pela Constituição de 1988 restringe-se a inserção de um novo sentido à expressão e ao redimensionamento do sentido material.

O sentido orgânico faz referência aos órgãos e entidades do Estado. O sentido material se refere a atividades do Estado e nela estão inseridos os critérios desenvolvidos na França (o material, o orgânico e o formal). Na acepção ampla esse sentido abarca todas as atividades de competência do Estado, ao passo em que na acepção restrita abrange apenas determinadas atividades. Essas atividades correspondem às competências materiais de cunho prestacional. As variantes da acepção restrita do sentido material são identificadas de acordo com a natureza da competência abarcada, que poderá ser social ou econômica.

O sentido formal de serviço público correspondente a um regime jurídico. Trata-se do regime jurídico geral dos serviços públicos disposto na Constituição de 1988. Esse regime jurídico é aplicável às competências materiais de cunho prestacional e natureza econômica do Estado. A aplicação desse regime jurídico insere as atividades sobre as quais incide no âmbito da faceta econômica da acepção restrita do sentido material de serviço público. Tal procedimento é a função que o conceito exerce no âmbito do atual texto constitucional.

O sentido formal de serviço público, por conter elementos de ordem estritamente econômica, não tem relação com a faceta social da acepção restrita do sentido material de serviço público. Os serviços públicos sociais possuem seu regime jurídico delineado pela Constituição de modo diverso do correspondente aos serviços públicos econômicos.

Assim, salvo essas inovações, a Constituição de 1988 recepcionou grande parte do debate acerca dos serviços públicos e de temas correlatos instaurados à luz das constituições que lhe precederam. Do mesmo modo, o atual texto constitucional recepcionou os conceitos oriundos das tradições francesa e norte-americana. Nesse sentido, parece ter inovado apenas por conter uma referência que equivale ao modo como a noção de serviço de utilidade pública funciona em sua tradição de origem. Trata-se dos serviços de relevância pública de saúde.

Diante das informações e dos argumentos constantes no texto, é possível dizer que, no cenário brasileiro, à luz da Constituição de 1988, estão presentes os conceitos de serviço público francês e o de serviço de utilidade pública norte-americano, ao lado da noção – existente em ambas as citadas tradições – de regulação e de poder de polícia incidente sobre as atividades econômicas privadas.

O conceito brasileiro de serviço público é bastante aproximado (e não idêntico) ao francês. A noção de serviço de utilidade pública no Brasil sempre teve um aspecto inexistente no conceito norte-americano, qual seja: o vínculo orgânico com o Estado. Isso nos permitiu falar de uma noção de serviço de utilidade pública à brasileira, com o escopo de se referir às atividades de titularidade do Estado que eram exploradas em regime de direito privado e delegadas aos particulares por meio de autorização. O advento da CRFB/88 previu a atividade de relevância pública de saúde de modo muito semelhante à noção estadunidense de serviço de utilidade pública.

Esse é o contexto em que está inserida a estrutura constitucional do conceito de serviço público brasileiro. Dessa maneira, toda e qualquer conceituação dogmática deve considerar o conjunto de elementos que forma a aludida estrutura, sob pena de chegar-se a resultados equivocados à luz das disposições constitucionais, em razão da observação parcial do tema.

A identificação dessa estrutura conceitual permite entender o que é serviço público para a Constituição e o porquê de se tratar de algo multifacetado. A importância dessa estrutura conceitual está na possibilidade de a partir dela se determinar as consequências práticas de se qualificar certa atividade como serviço público, em especial na acepção estrita do sentido material. Ademais, a mencionada estrutura auxilia na compreensão dos modos de ação material do Estado no domínio econômico em todos os âmbitos federativos, mormente por indicar quais as atividades podem ser qualificadas como serviço público.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Serviços públicos**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Domingos Augusto Paiva. Dois conceitos de serviço público: Duguit e Jèze. In: CONTINENTINO, Marcelo Casseb; SANTOS, Marcos André de Couto; PEREIRA, André de Melo Gomes (Org.). **Estudantes**: caderno acadêmico – edição comemorativa. Recife: Nossa Livraria, 2007.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Uber: a regulação de aplicativos de intermediação de contrato de transporte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 271, p. 406 – 416, jan./abr. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 200, p. 21 – 54, abr./jun. 1995.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 5. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. v. 6. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras, constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285 – 311, jul./set. 2002.

BASCHET, Jérôme. **A civilização feudal**: do ano 1000 à colonização da América. São Paulo: Globo, 2006.

BASSEGIO, Roberta Bagatini. Tratamento jurídico da proteção e defesa do usuário de serviços públicos. **Direito do Estado – novas tendências**, Porto Alegre, v. 4, n. 07, p. 639 – 662, out. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUBY, Pierre. **Le service public**. Paris: Flammarion, 1997.

BAUER, Jonh. **Effective regulation of public utilities**. New York: Arno, 1976.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BLOCH, Marc. **A sociedade feudal**. Trad. Emanuel Lourenço Godinho. Lisboa: Edições 70, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 7, p. 33 – 51, 1947.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 8, p. 18 – 44, 1947.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 9, p. 30 – 48, 1947.

BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 10, p. 14 – 51.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: Imprensa Nacional, 1955.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CADETE, Eduardo Maia. **Concorrência e serviços de interesse geral**. Lisboa: Principia, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A corrupção no Brasil à luz do direito econômico. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 87, n. 01, p. 74 – 107, jan./jun. 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia pública – mito e realidade**. São Paulo: Memória jurídica, 2005.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Breve introdução ao direito econômico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Curso elementar de direito econômico**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico e reforma do Estado – 2: o “liberalismo” na experiência francesa, alemã, italiana e comunitária**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Economia Política para o Curso de Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico geral e especial da atividade econômica no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2015.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Regime jurídico-econômico da atividade de comunicação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2013.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Trad. Ilse Paschoal Moreira; Fernanda Landucci Ortale. Campinas: Saberes, 2010.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal brasileira, 1981: comentada**. Edição fac-similar. Brasília: Senado federal, 2002.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **A Constituição Federal comentada**. t. III. Rio de Janeiro: José Korfino, 1952.



CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1936.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**. v. 1. 7. ed. Paris: Montchrestien, 1993.

CHENOT, Bernard. **Organisation économique de l'État**. Paris: Dalloz, 1951.

CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. **Revista do Serviço Público – RPS**, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34 – 57, set./dez. 1996. Disponível em: <<http://seer.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/395/401>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CONRADO, Régis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Empresa pública**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

CRUZ, Alcides. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves & CIA, 1914.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Trad. Márcio Pugliesi. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén. Buenos Aires: Heliasta, 2001.

DUGUIT, Léon. **Leçons de droit public general**. Paris: E. de Boccard, 1926.

DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel**. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. v. 1. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie, 1927.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 194, p. 63 – 76, out./dez. 1993.

EUTSLER, Roland; HERRING, James; WILSON, G. Lloyd. **Public utility regulation**. New York: McGraw-Hill, 1938.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, Werter Rotumno. **Constituição Econômica – liberdade de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARRIS, Martin T.; SAMPSON, Roy J. **public utilities**: regulation, management and ownership. Boston: Houghton Mifflin, 1973.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. **Droit administratif**. 10. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015-2016.

GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de Economia Política**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988**: interpretação e crítica. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUÉRAUD, Luc. História das instituições públicas. Trad. Tenile Mascolo Gil. In: COSTA, Thales Morais (coord.). **Introdução ao direito francês**. v. 1. Curitiba: Juruá, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardio**. Trad. José Luis Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999.

HENRY, Claude. **Concurrence et services publics dans l'Union Européenne**. Paris: PUF, 1997.

HOBSBAWM, Eric J. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. **A era das revoluções: 1789 – 1848**. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia da Letras, 1995.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Trad. Julio N. San Millán Almagro. v. 2. Buenos Aires: De palma, 1949.

JOHNSON, Bruce Baner; SAES, Flávio Azevedo Marques; TEIXEIRA, Hélio Janny; WRIGHT, James Terence Coulter. **Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas**. São Paulo: Edgar Blücher, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003

JUSTEN FILHO, Marçal. União Europeia: a esperança de um mundo novo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 219, p. 27 – 89, jan./mar. 2000.

JUSTEN, Monica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LANDAU, Elena. Autorização: um instrumento inadequado para o setor elétrico. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 246, p. 112 – 135, set./dez. 2007.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José de Sousa e José Antônio Veloso. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

LAUBADÈRE, André de. **Direito público econômico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LAUBADÈRE, André. **Manuel de droit administratif**. 8. ed. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1967.

LE MESTRE, Renan. **Droit du service public**. Paris: Gualino, 2005.

LEAL, Aurelino. **Teoria e prática da Constituição Federal brasileira**. t. 1. Rio de Janeiro: Briguiet e Cia., 1925.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. In:\_\_\_\_\_. **Direitos Sociais & Políticas Públicas**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

LIMA, Heitor Ferreira. **História político-econômica e industrial do Brasil**. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. ed. rev. e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. Porto Alegre: Sulina, 1964.

LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENOVOIS, Bruno. **Les grands arrest de la jurisprudence administrative**. 9. ed. Paris: Sirey, 1990.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito na história: lições introdutórias**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras (1891 – 1934). In: **Revista Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 47 – 93, jan./abr. 2011.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a *concession de service public* e a *regulation of public utilities***. Porto Alegre: Fabris, 2007.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. O regime jurídico da energia elétrica nas constituições brasileiras – as premissas. In: **Direito sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Premissas para uma leitura integrada da indústria da energia na Constituição e para a identificação de uma política energética constitucional – a propósito dos arts. 173 e 175 da Carta. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 23, ago./set./out. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-LUIS-GUSTAVO-LOUREIRO.PDF>>. Acesso em: 12 mar. 2015.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: **Direito Público – estudos em homenagem ao professor Dalmo Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de *common law*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; COSCIONE, Milene Louise Renée. **Telecomunicações**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 269 – 295, jan./mar., 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Buenos Aires: De Palma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 189, p. 100 – 113, jul./set. 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 5. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERKL, Adolf. **Teoria General del Derecho Administrativo**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. v. 2. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição dos da República dos Estados Unidos do Brasil**. t. 1. Rio de Janeiro: Ponggetti, 1934.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937**. t. 1. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <[http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO\\_MODESTO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO_MODESTO.pdf)>. Acesso em: 18 set. 2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administrative**. 14. ed. Paris: LGDJ Montchrestien, 2015.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. O serviço público francês: em busca de uma ética perdida. Trad. Bibiana Graeff Chagas Pinto. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Edição Especial, p. 11-21, maio 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 08 jan. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 18, maio/jun./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-EGON-BOCKMANN.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago./set./out. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

MORENILLA, José Maria Saurirón. **La actividade de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1988.

MORENO, Martin T. Ruiz. **Filosofia del derecho**: teoria general e historia de doctrinas. Buenos Aires: Guilherme Kraft, 1944.

OCTÁVIO, Rodrigo; VIANNA, Paulo. **Elementos de direito público e constitucional brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia editores, 1919.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

OTERO, Paulo. **Direito administrativo – relatório**. Coimbra: Almedina, 2001.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90**: lógica e mecanismo de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. 500 anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 5, jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da *common law*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 8, nov./dez./2006/jan./2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>, acesso em: 10 jan. 2016.

PINTO, Bilac. **Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública**. 2. ed. atualizada por Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.978/95**: conceitos e princípios. São Paulo: Malheiros, 1998.

PRADE, Péricles. **Duguit, Rousseau, Kelsen & outros ensaios**. Florianópolis: Obra jurídica, 1997.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

RAINAUD, Jean Marie. **La crise du service public français**. Paris: PUF, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de direito administrativo brasileiro**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geral Henrique de Mira & C., 1860.

REIS, Aarão. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Oficinas Graphics Villas-Boas & Cia, 1923.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C, Livreiros-editores 87, 1866.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, fev./mar./abr. 2014. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-37-FEVEREIRO-2014-ITIBERE-CASTELLANO-RODRIGUES.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos constitucionais dos serviços públicos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: **Direito sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos**. t. 8. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. t. 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano; LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Prestação de serviços públicos de energia elétrica mediante associações interestaduais aplicada às prorrogações de concessão de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 262, p. 263 – 296, jan./abr. 2013.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos do sistema de repartição das competências legislativa e administrativa na Constituição de 1988. In: GORCZEVSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos. **Direitos Fundamentais: conhecer para exercer – constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007.

RÜCKERT, Isabel Noêmia. **Alguns aspectos das empresas estatais no Brasil**. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/ensaios/article/view/87/417>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1984.



SADDY, André. Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, p. 107-138, maio/ago. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Transportes aquaviários**: doutrina, jurisprudência, legislação e regulação setorial. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHWARTZ, Bernand. **An introduction to american administrative law**. Londres: Isaac Pitman and Sons, 1958.

SILVA, Almiro do Couto. Atividade econômica e serviços públicos. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Almiro do Couto. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: \_\_\_\_\_. **Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, João Nuno Calvão da. **Mercado e Estado**: serviços de interesse económico geral. Coimbra: Almedina, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário sistemático à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Vasco Manuel Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIMONSEN, Roberto. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

SINGER, Paul. **Desenvolvimento econômico e evolução urbana**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações** – uma investigação sobre a sua natureza e as suas causas. Trad. Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA, José Soriano de. **Princípios gerais de direito público e constitucional**. Rio de Janeiro: Casa Editora Empreza d' A Província, 1893.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

TÁCITO, Caio. Evolução das concessões de energia elétrica no Brasil. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TÁCITO, Caio. Perspectivas do direito administrativo no próximo milênio. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 212. Rio de Janeiro: FGV, abr./jun., 1998.

TÁCITO, Caio. Regime de portos. Terminal privativo. Permissão. In: \_\_\_\_\_. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Comunicação da Comissão relativa à aplicação das regras em matéria de auxílios estatais da União Europeia à compensação concedida pela prestação de serviços públicos de interesse econômico geral. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. Comunicação 8, 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012XC0111%2802%29&from=EN>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Legislação. Atos não legislativos. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**. L 7, 55º ano, 11 jan. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2012:007:FULL&from=EN>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 281, 26 set. 1996. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:C1996/281/03&from=EN>>. Acesso em 20 fev. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão. Os serviços de interesse geral na Europa. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, Comunicação 580, 20 set. 2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0580&from=PT>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. t. I. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

VELLOSO, Carlos Mário. O Estado Federal e os Estados federados na Constituição brasileira de 1988: do equilíbrio federativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 187, p. 1 – 36, jan./mar. 1992.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WELCH, Francis. **Cases on public utility regulation**. 2.ed. Washington: Public Utilities, 1936.