

17

SERVIÇO PÚBLICO E SUA FEIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

I – Pressupostos metodológicos do conceito de “serviço público”. II – Serviço público: substrato material e elemento formal. III – Os requisitos da noção de “serviço público”. IV – Conceito de “serviço público”. V – Regime jurídico do serviço público. VI – Titularidade exclusiva do serviço e titularidade não-exclusiva. VII – Titularidade do serviço e titularidade da prestação. VIII – Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil: (a) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado – (b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder – (c) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade. IX – Os serviços públicos e a dubiedade da expressão “autorização” na Constituição.

I – Pressupostos metodológicos do conceito de “serviço público”

I. Ao cientista do Direito, tanto como a quem exerce o ofício de aplicá-lo ou de promover-lhe a aplicação (juiz, advogado etc.), *enquanto adstritos a tal mister*, só interessam noções que lhes proporcionem saber que princípios e regras jurídicas vigoram perante as situações tais ou quais.

Ou seja: suas mentes estão e só podem estar vertidas sobre a questão de identificar que normas são ou serão suscitadas à vista de determinado evento (fato, comportamento, ato, relação ou situação). Deveras, *nada mais lhes importa senão averiguar* (a) se ocorreu algo que tem relevo para o Direito e (b) em caso positivo, que conseqüências são estas que o Direito atribui ao evento em questão. Neste segundo plano é que se aloca o tema da validade dos atos jurídicos. Eis por que só há três tópicos que podem precedentemente ocupar o estudioso e o operador do direito positivo: o da existência jurídica, o da validade dos atos e o dos efeitos de direito oriundos de fatos ou de atos jurídicos.

Desta noção elementar resulta a igualmente elementar conclusão de que a função própria dos conceitos jurídicos, quer sejam eles enunciados pela lei, quer sejam *doutrinariamente construídos*, é a de *aglutinar situações parificadas por uma “unidade de regime”*. É a de isolar conjuntos de princípios e regras incidentes quando ocorridas dadas situações, individualizando-os no confronto com outros conjuntos regentes de outras situações no que concerne a suas *existências, validades e efeitos*. Ou, dito pelo reverso: é a de localizar os eventos cuja presença se constitui em um termo, um ponto, ao qual está referido um conjunto determinado de princípios e regras que formam um bloco homogêneo, diverso de outros blocos normativos reportados a outras situações.

Deveras, são noções desta índole – e somente as desta índole – que podem fornecer resposta às indagações pertinentes ao universo em que se circunscreve quem se ocupa do direito positivo: saber que regras se aplicam perante tais ou quais situações.

2. É evidente, pois, e da mais solar evidência, que a noção *jurídica* de “serviço público” *só poderá consistir no isolamento de uma certa realidade cuja presença é correlata a um bloco homogêneo de regras e princípios.*¹

3. Ressalve-se que leigos (e, infelizmente, não só estes) poderão utilizar a expressão “serviço público” com sentido inteiramente diverso. Ninguém é dono das palavras. Assim, ninguém poderá impedir que pessoas alheias à Ciência do Direito (e até mesmo aficionadas deste ramo do conhecimento) sirvam-se desta locução para designar alguma realidade estranha ao significado que poderá possuir em face do Direito. Ou seja: poderão valer-se dela para exprimir algo que não representará *coisa alguma em Direito, por não fornecer a quem juridicamente o estude ou opere o interesse único que a justificaria: a ciência antecipada de uma dada unidade de princípios e normas que deverão regê-lo.*²

1. Convém, todavia, ter presente que esta homogeneidade é sempre relativa. É que, como disse Agustín Gordillo, invocando lições de Hospers: “Possivelmente não há duas coisas no Universo que sejam exatamente iguais em todos os aspectos”, assim como, “de igual modo, provavelmente não há duas coisas no Universo tão diferentes entre si que não tenham algumas características comuns, de maneira que constituam uma base para ubicá-las dentro de um mesma classe” (Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. I-21).

2. Poder-se-ia, talvez, dizer que as observações feitas, por sua meridiana evidência, por seu caráter acaciano, dispensariam esta introdução. Infelizmente, reparo desta ordem não seria exato. Pelo demonstrar, bastaria referir que a chamada “crise do serviço público” – de que tanto se ocupou a doutrina francesa na década de 1950 – ou a suposta crise que estaria hoje a atingir tal noção, sobretudo pelo impacto das idéias

Anote-se, de passagem, que um conceito extrajurídico – vale dizer, alheio aos pressupostos racionais indicados –, sobre ser inútil em Direito, é, demais disto, nocivo para seus estudiosos ou aplicadores quando dele se pretendam servir. Deveras, o pior erro em que pode incidir um cultor de qualquer ciência é o de *desencontrar-se com o próprio objeto de estudo*, é o de distrair-se daquilo sobre o qual seu espírito imaginava e pretendia estar focalizado. Assim, um conceito extrajurídico produz nos estudiosos do Direito menos atentos a suposição de que estão a tratar com algo juridicamente relevante e os conduz a produzir especulações que não abicam em nada de aproveitável para o Direito, do mesmo passo em que tal absorção os leva a deixar de lado a tarefa de arrecadar e organizar mentalmente os dados que permitiriam enfrentar os tópicos e questões dos quais teriam que se ocupar. De seu turno, os operadores do Direito, se trabalharem com noção padecente de tão profundo equívoco, expor-se-ão, como é óbvio, a aportarem em conclusões e decisões rotundamente erradas.

4. De fora parte este tópico capital para formulação de um conceito de “serviço público”, outro há que também apresenta subido relevo. qual seja: dita noção apresentaria um préstimo *jurídico* muito reduzido ou mesmo nulo se com ela pretender-se abranger toda e qualquer atividade administrativa do Estado, pois, dessarte, não se estaria isolando nada, mas simplesmente duplicando palavras para referir um mesmo objeto.

Segue-se que para evocar no espírito uma dada individualidade é preciso que “serviço público” seja locução designativa de uma *certa e específica atividade*, e não de toda e qualquer atividade administrativa. Logo, deverá estar reportada a algo distinto, por exemplo, das limita-

econômicas da “privatização” preconizadas pelo neoliberalismo, consistem precisamente em um retrato fiel deste chocante equívoco: assentar uma noção jurídica não sobre “elementos de direito”, mas sobre dados da realidade fática. Deveras, o que a doutrina então tomou como sendo uma crise foi a dissociação de três elementos que, de regra, se encontravam associados ao se pensar em serviço público; a saber: (a) uma atividade tida geralmente como de interesse geral; (b) o fato de ser prestada por um organismo governamental; e (c) dita prestação fazer-se sob um regime característico: o regime de direito público. Ora, “serviço público”, como noção jurídica, só pode ser um dado regime, nada importando que se altere o substrato sobre o qual se aplica, pois este, obviamente, é mutável tanto quanto a realidade social. Cf., ao respeito, nosso *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Ed. RT, 1968, pp. 168-170. Na atualidade, desavisadamente, repete-se a mesma inconseqüência. E entre nós – o que ainda é pior – reproduzindo, como é típico dos subdesenvolvidos, o que é dito no Exterior, sem atentar para o fato de que a Constituição brasileira não admitiria desclassificar certas atividades da categoria “serviço público”, óbice, este, inexistente em outros países.

ções administrativas à liberdade e à propriedade, que se convencionou chamar de “poder de polícia”; distinto também das atividades estatais de fomento; distinto igualmente das obras públicas; diverso, ainda, das atividades expressadas exclusivamente por atos jurídicos, como as notariais e registrais; diferente, outrossim, das impositivas de sacrifícios de direito, como as desapropriações e servidões; e assim por diante.

Pelo mesmo princípio lógico, deve-se reportar a noção de “serviço público” aos chamados “serviços *uti singuli*”, ou seja, individual e singularmente fruíveis pela pessoa de cada um (postergando o *sentido amplo de “serviço público”*, que abrigaria também os serviços *uti universi*), para enquadrar seu exame no âmbito da teoria das chamadas prestações administrativas da Administração aos administrados, como bem anotou Renato Alessi.³ Nisto, de resto, estar-se-ia atendendo ao teor evocativo mais comum da expressão “serviço público”, pois, ao se pensar nele, o que vem de imediato à mente são serviços tais como o transporte coletivo de passageiros, o fornecimento domiciliar de água, de luz, de gás, de telefone etc., os quais se referem a prestações materiais e efetuadas *uti singuli*.

Feitas, a título preliminar, estas rudimentares acotações, pode-se passar à indagação sobre quais seriam os fatores relevantes para formular-se uma noção de “serviço público” – entende-se: uma noção *que aspire a ser logicamente consistente e juridicamente prestante*, isto é, apta a buscar o objeto sobre o qual se desenha um regime jurídico unitário.

II – Serviço público: substrato material e elemento formal

5. Sabe-se que certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade *material*) destinadas a satisfazer *a coletividade em geral* são qualificadas como serviços públicos quando, em dados tempo e lugar, o Estado reputa que *não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão-só assujeitadas a fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas* (fiscalização e controles, estes, que se constituem no chamado “poder de polícia”).⁴

3. Renato Alessi, *Le Prestazioni Amministrative Reze ai Privati*, Milão, Giuffrè Editore, 1946.

4. Expressão indesejável e descabida, como bem anotou Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed., t. II, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, Capítu-

Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera *de seu dever* assumi-las como *pertinentes a si próprio* (mesmo que sem exclusividade) e, em consequência, exatamente por isto, *as coloca sob uma disciplina peculiar* instaurada para resguardo dos interesses nelas encarnados: aquela disciplina que naturalmente corresponde ao próprio Estado, isto é, *uma disciplina de direito público*.⁵

Mesmo antes de escandir e justificar o que se contém nas afirmações imediatamente subsequentes, diga-se que, à vista delas, para estar presente um objeto mencionável como serviço público devem concorrer cumulativamente os seguintes requisitos: (a) tratar-se de uma *prestação de atividade singularmente fruível pelos usuários*; (b) consistir em atividade *material*; (c) destinar-se à *satisfação da coletividade em geral*; (d) ser reputada pelo Estado como particularmente importante

lo V, notadamente pp. V-1 a V-16), mas que, por ser muito disseminada na doutrina, na jurisprudência, na legislação e encontrar-se até mesmo no texto constitucional brasileiro (art. 145, II), ainda se faz uso dela.

5. É preciso ter presente no espírito que a expressão “serviço público” na França, de onde se originou, apresentou-se com duas distintas funções: uma, a de *fundamento* adequado do próprio Estado. Com efeito, em Léon Duguit, fundador da chamada “Escola do Serviço Público”, é neste sentido que é utilizada. Ressaltem-se duas passagens do renomado jurista, que bem demonstram o que foi dito: “(...) O Estado não é, como pretendeu-se fazê-lo e como em certa época se acreditou que ele fosse, um poder que comanda, uma soberania; ele é uma cooperação de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes” (*Traité de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., t. II, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1923, p. 54). E, a breve trecho: “Ao mesmo tempo, os poderes dos governantes são limitados por esta atividade de serviço público e todo ato dos governantes é sem valor quando persegue um fim diverso de um fim de serviço público. O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. E com isto está concluída minha teoria do Estado” (ob. e t. cit., p. 56). De outro lado, a noção de “serviço público” foi utilizada como “*critério de separação das jurisdições comum* (do Poder Judiciário) e *administrativa* (do Conselho de Estado)” e, conseqüentemente, *como fator decisivo para aplicação do direito administrativo*, com exclusão, portanto, do direito privado. Neste sentido foi utilizada tanto pelo Conselho de Estado quanto por largos setores doutrinários. Tomem-se como demonstrativas disto as seguintes considerações de Laubadère ao respeito da superação, na jurisprudência, do critério da *puissance publique* como o norte para a repartição de competências entre a jurisdição comum e a jurisdição administrativa: “Em lugar do critério da *puissance publique* ela adotava um novo critério para a competência administrativa, que deveria se tornar o grande critério moderno: o do serviço público. Daí por diante, concerne aos tribunais administrativos ‘tudo o que concerne à organização e ao funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, quer atue a Administração por via de contrato, quer proceda por via de autoridade’ (conclusão Romieu no caso ‘Terrier’, supracitado)” (André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, 7ª ed., vol. I, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence/LGDJF, 1976, p. 441).

para a satisfação dos interesses da sociedade; (e) ter sido havida como insuscetível de ser relegada tão-só aos empreendimentos da livre iniciativa, razão por que a assume como *pertinente a si próprio* (ainda que nem sempre com exclusividade); e (f) *submetê-la a uma específica disciplina de direito público*.

6. Os cinco primeiros requisitos constituem-se no *substrato material* da noção de “serviço público”, isto é, nos dados de fato sobre os quais se assenta.

O *sexto* deles é um *elemento formal*, sendo precisamente aquele que confere caráter jurídico à noção (elevando-a do mundo dos fatos ao mundo do Direito): *estar submetido a uma específica disciplina de direito público*, que, como além melhor se verá, se caracteriza pela existência de *prerrogativas e sujeições específicas*, instituídas umas e outras para a proteção dos interesses da coletividade substanciados nos serviços em apreço.

7. Ressalte-se, pois, desde logo, que não será meramente (a) o fato de a atividade ser muito importante para a vida social o que suscitará sua ereção em serviço público. Uma imensa gama de atividades agrícolas, industriais, comerciais, apresenta subido relevo para a sociedade sem que respondam ao conceito indicado. Pense-se nas ligadas ao setor alimentar ou farmacêutico, para referir casos evidentes; (b) também não basta o fato de o Estado reconhecer-lhes assinalada importância, pois as de benemerência, com sua conseqüente utilidade social, justamente por isto, recebem do Poder Público um tratamento favorecido, a atestar que lhes atribui o devido realce, sem que, todavia, se qualifiquem necessariamente como serviços públicos; (c) nem mesmo a circunstância de se tratar de empreendimentos desempenhados pelo próprio Estado é que lhes defere a identidade em apreço. Com efeito, o Poder Público também desempenha, de par com os particulares, atividades de exploração do *domínio econômico* – em princípio reservado pela Constituição a estes últimos, como ocorre com muitas empresas públicas e sociedades de economia mista –, e de nada valeria nominá-las de “serviço público”. Antes, e pelo contrário, se lhes fosse atribuída tal rotulação, o *nomen juris* em apreço perderia sua utilidade, pois estaria a abrigar dois grupos de realidades submetidas a regimes diversos, ou seja, ficariam confundidas sob um mesmo designativo entidades jurídicas irredutíveis a um regime homogêneo, incidindo-se, pois, no gravíssimo erro mencionado nas observações introdutórias.

8. Estas acotações já estão a ressaltar que a noção de “serviço público” depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos

da Constituição e das leis) atribui a um tipo de atividades: *aquelas que reputou não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa e que, por isto mesmo – e só por isto –, entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos interesses públicos*: o regime peculiar ao Estado. Isto é: o *regime de direito público* – regime, este, concebido e formulado com o intento manifesto e indeclinável de colocar a satisfação de certos interesses sob o pálio de normas que, de um lado, outorgam prerrogativas de autoridade a seu titular ou exercente (estranhas, pois, à situação que corresponde aos particulares em suas relações recíprocas) e, de outro, instituem sujeições e restrições igualmente peculiares – tudo conforme será esclarecido mais além.

Assim, por meio de tais normas o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público, a fim de proteger do modo mais eficiente possível as conveniências da coletividade e, igualmente, *defender-lhes a efetivação e esta boa prestação* não apenas (a) em relação a terceiros que pudessem obstá-las, *mas também* – e com o mesmo empenho – (b) *em relação ao próprio Estado* e (c) *ao sujeito que as esteja desempenhando* (concessionário, permissionário, autorizado).

Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, trata-se não apenas de buscar-lhe a mais adequada prestação em benefício do público, *mas também se trata de impedir, de um lado, que terceiros os obstaculizem e, de outro, que o titular deles ou quem haja sido credenciado a prestá-los proceda, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço.*

Isto posto, vejamos mais detidamente os seis requisitos dantes mencionados.

III – Os requisitos da noção de “serviço público”

9. O primeiro deles é que se trate da *prestação de uma atividade*, ou seja, que se constitua no desenvolver de um comportamento contínuo, que se apresenta como uma fluência, seguidamente disponibilizado, e não como uma obra, um produto no qual se haja cristalizado dada atividade, como fruto acabado dela. Por isto não se confundem o *serviço público* e a *obra pública*.

Serviço público e obra pública, de regra, distinguem-se com grande nitidez, como se vê da seguinte comparação:

(a) A obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico.

(b) A obra é uma coisa: o produto cristalizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora de um desfrute.

(c) A fruição da obra *independe de uma prestação*, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço público; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, neste caso, depende sempre integralmente dela.

Com efeito, quando a obra é entregue ao uso comum, o administrador extrai-lhe os proveitos, independentemente de alguma atuação de terceiro; quando a obra se destina a sediar uma repartição pública, o próprio Poder Público dela se utiliza na realização de seus fins, sem intermediação da atividade de outrem.

(d) A obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra, que lhe constitui o suporte material.

Note-se que em alguns casos a distinção entre um e outro, a um primeiro súbito de vista, pode parecer complexa.

Isto ocorrerá quando não se trata de construir algo (como na obra), mas de efetuar reformas ou, mesmo, simples reparos naquilo que está construído. Cumpre, então, distinguir se há efetivamente reforma, caso em que se está perante uma obra propriamente, ou se está em pauta um mero conserto de pequena monta, hipótese em que se tem um *serviço*. Quando se tratar de uma atuação *contínua*, permanente, de *conservação* ou *reparação* de uma obra o que há é um *serviço e não uma obra*, pois, em tal caso, o que se quer é uma *atividade a prolongar-se sem intermitência*, e não a conclusão de uma obra.

Finalmente, pode haver casos em que o Poder Público efetue por si próprio ou demande de outrem (por um só instrumento) *ambas as atividades*, como ocorre em certas concessões nas quais encomenda, como compreendido no objeto da relação jurídica, de um lado, a realização de certas obras entregues ao uso comum de todos – cuja utilidade coletiva, portanto, *deriva delas próprias* (o que é próprio das obras, como averbado) – e, de outro lado, *serviços complementares*, quais os de manutenção e conservação delas, ou *paralelos*, como a assistência e

atendimento aos usuários,⁶ como ocorre no caso de certas concessões de construção, manutenção de rodovias e apoio aos que delas se servem.

10. O segundo requisito é o de que se trate de um desempenho cujo objeto é a prestação de atividade material (fornecimento de água, luz, gás, telefone, transporte coletivo de passageiros etc.), tomada tal palavra em contraposição à atividade nucleada na produção de atos jurídicos administrativos. Com efeito, se a expressão “serviço público” tivesse amplitude tão lata que abrangesse atividade material e jurídica assumida pelo Estado como pertinente a si próprio, a noção de “serviço público” perderia seu préstimo, pois abarcaria realidades muito distintas entre si, coincidindo, afinal, com o conjunto de atividades do Estado, sem estremá-las com base nas características de cada qual e nas particularidades dos respectivos regimes jurídicos. Em suma: *haveria mera superposição da noção de “serviço público” à noção de “atividade pública”, nada agregando a ela.* Por abranger, então, objetos muito díspares, seria imprestável para isolar um conjunto homogêneo de princípios e normas.

Então, por dizer essencialmente com uma atividade material, ao contrário do poder de polícia, o serviço público não se substancia em atividade jurídica, embora, como é óbvio, seja juridicamente regulado e sua efetivação pressuponha a prática de atos administrativos.

11. O terceiro deles, como é óbvio, é que dito serviço seja proposto a atender a conveniências ou necessidades da *coletividade em geral e que sejam singularmente fruíveis pelos indivíduos.* Deveras, se não fora para prover, indistintamente, a satisfação de interesses da generalidade social, faltaria ao serviço a característica de *ser destinado ao público como um todo.* Ou seja: impende que seja disponibilizado ao conjunto social (embora nem sempre todos o desfrutem, por não se disporem a utilizá-lo ou não quererem pagar o correspondente para tanto).

A atividade material em apreço, pois, é aquela destinada a atender a conveniências, necessidades, da *coletividade em geral*, pois *se assim não fosse é bem de ver que o serviço não seria público*, não seria vol-

6. É o que se passa quando transfere a alguém a cura de todo um complexo rodoviário, aí incluídas a construção de estrada, de ramais rodoviários ou obras de arte, quais pontes, viadutos etc. (obras), bem como a contínua *manutenção e conservação delas* (serviços), assim como a assistência aos usuários. Isto de fora parte o fato de que pode encomendar a construção de *umas* e a conservação e manutenção e conservação de *outras*, hipótese em que fica ainda mais visível a existência de dois diferentes encargos.

tado para satisfazer a coletividade, mas apenas interesses privados. Este traço está na própria origem da noção. Se não fora pela relevância para o *todo social*, o Estado não teria por que assumir tal atividade.

Por faltar este caráter de se destinarem à satisfação da coletividade em geral, não são públicos, *e.g.*, os serviços de telecomunicações *que interligam apenas as empresas que possuem seus serviços de interconexão e que a isto se destinam.* Assim, também, não são públicos os serviços de radioamadores, pois estes, conquanto prestem atividade útil para inúmeras pessoas, constituem-se para comunicação restrita ao âmbito dos que, possuindo tal equipamento, se propõem a ingressar neste círculo restrito de intercomunicadores.

Repita-se, entretanto, que o mero fato de o serviço se destinar à generalidade do público preenche um requisito elementar mas não suficiente para compor este traço relevante para a estrutura material do serviço público. Os prestadores de serviço em geral, como pessoas físicas ou sociedades volvidas a oferecer tais utilidades, como padeiros, carpinteiros, marceneiros, mecânicos ou entidades que se organizem para tais misteres, oferecem sua atividade para o público em geral – público, de resto, que deles certamente necessita, e nem por isto os serviços que prestam são serviços públicos.

12. O quarto deles é que o Estado repute ditos serviços particularmente importantes para a satisfação dos interesses coletivos.

Não basta, entretanto, como já foi dito, que a atividade em questão seja importante para a sociedade, nem mesmo que o Estado assim a considere, para ser havida como serviço público.

Poderão existir serviços de prestação de utilidade ou comodidade material indiscutivelmente valiosos, volvidos à satisfação da coletividade (como os de benemerência, prestados espontaneamente por livre iniciativa de particulares), mas que nem por isto serão serviços públicos, conquanto venham ou possam vir a ser qualificados como “de utilidade pública” pelo Estado. Outrossim, não há negar que é altamente relevante para o corpo social que haja serviços os mais variados e empreendimentos econômicos de todo gênero necessários para satisfazer necessidades gerais da sociedade. Mesmo não sendo qualificáveis como de utilidade pública, o Estado os deve fomentar, como, de resto, o faz, abrindo linhas de crédito ou por outras formas de estímulo.

13. O quinto deles é que o Estado *os tenha qualificado como pertinentes a si próprio* (ainda quando não lhes queira reter a senhoria exclusiva, como ao diante melhor se dirá), rejeitando, pois, a hipótese

de que sua satisfação fique simplesmente entregue aos cuidados ou conveniências da livre iniciativa.

Trata-se, pois, de *atividade assumida pelo Estado como própria*, na qualidade de *titular dela*, ou seja, por ele considerada como interna a seu campo de ação típico, isto é, à esfera pública. Quando outorga concessão, autorização ou permissão (que é a linguagem constitucional brasileira) para que seja prestada por terceiros, o que transfere é *o exercício da atividade, não a titularidade sobre ela*, que sempre retém para si; por isso pode retomar o serviço, se o interesse público o demandar.

Ressalve-se apenas, conforme melhor se aclarará ao diante, que há certos casos nos quais, embora a *Constituição* imponha ao Estado o dever de prestar o serviço (caso em que serão serviços públicos os por ele prestados), *não lhe reserva titularidade exclusiva* sobre ele, pois também o libera à iniciativa privada – hipótese na qual, evidentemente, não há cogitar de outorga estatal do exercício do serviço, propriamente dita, mas apenas de um controle mais enérgico sobre ele.

Isto não significa, entretanto, que uma prestação de atividade material, pelo só fato de ser empreendida pelo Estado, repita-se (mesmo nos casos excepcionais em que reserve para si a exclusividade dela⁷), tenha, só por isto, o caráter de serviço público. Com efeito, há atividades certamente valiosas, como a exploração econômica de certos setores (e já se fez menção ao fato de que particulares o fazem preenchendo com proveito necessidades da sociedade), desempenhadas pelo Estado, mediante empresas públicas ou sociedades de economia mista, e que nem por isto se constituem em serviços públicos. Os empreendimentos industriais ou comerciais que o Estado possua, por estarem em suas mãos, não perdem o caráter que lhes é próprio, qual o de exploração do setor econômico.

De nada valeria considerar tais atividades como serviços públicos – com base apenas na circunstância de serem desempenhadas pelo Estado –, pois isto implicaria, contra toda lógica e particularmente contra a lógica jurídica, pretender construir um instituto de Direito amalgamando, baldadamente, realidades *juridicamente heterogêneas*, isto é, submissas a disciplinas visceralmente diversas, *quase antinômicas*. Pretensão neste sentido nada mais seria que ajuntar sob um mesmo rótulo coisas distintas.

7. É o caso, entre nós, *e.g.*, da pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares (art. 177, V, da CF).

Deveras, quando desempenha atividade econômica o Estado assujeita-se, em larga medida, *a regras de direito privado*; e no Brasil, conquanto seja indubiosamente exagerada a dicção constitucional ao respeito constante do art. 173, § 1º, II (porque desmentida em inúmeras outras passagens⁸), dispõe que o estatuto jurídico de suas entidades que operem nesta esfera será estabelecido por lei que disporá sua *“sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”*.

De revés, ao prestar serviço público, o Estado, suas entidades ou os particulares que, por concessão, permissão ou autorização, o desempenhem assujeitam-se ao regime inverso, ou seja, ao regime de direito público, que este é o regime idôneo para proteger interesses qualificados como pertinentes ao corpo social, e não as conveniências privadas. *Nunca de direito privado*. Assim é tanto porque o regime jurídico do Estado é o público quanto porque não faria sentido que colecionasse tal serviço como seu para submetê-lo a uma disciplina oposta àquela que lhe é correspondente.

De resto, englobar sob um mesmo rótulo (“serviço público”) atividades prestadas pelo Estado sob regência do direito público e atividades por ele prestadas sob a regência do direito privado seria juridicamente um contra-senso gritante, *pois não cumpriria a única função dos conceitos jurídicos*: isolar objetos constituídos por uma unidade de regime; ou seja, aparentados, de direito, entre si.

14. Como se vê, o conjunto de características até aqui apontadas (e que devem cumulativamente coexistir) constitui-se tão-só no *substrato material* sobre o qual se constrói a noção jurídica de “serviço público”. Este substrato é apenas o engaste no qual se assenta o elemento cuja presença faz irromper a figura que, de direito, recebe adequadamente a nomenclatura “serviço público”.

Este *sexto elemento* é de *caráter formal*, vale dizer, estritamente jurídico: é precisamente o de se tratar de atividade *submetida ao “regime jurídico de direito público”*.

Com efeito – repita-se, ainda mais esta vez –, um serviço não é público *pelo só fato de ser destinado a satisfazer interesses da coleti-*

8. Como ocorre com os arts. 5º, LXXIII; 14; 37 e incisos II, XVII, XIX e XX; 49, X; 52, VII; 54; 55, I; 71 e incisos II, III e IV; 165, § 5º; e 169, § 1º. V. ao respeito nosso *Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, pp. 201-203.

vidade em geral, como também não o será meramente pela importância que tenha para ela ou apenas pelo fato de ser titularizado pelo Estado. Sê-lo-á quando o Estado, tendo-lhe assumido a titularidade, entendeu de enquadrar sua prestação sob uma específica disciplina, a pública, a qual, de um lado – repita-se –, propõe-se a assegurar coercitivamente que o interesse público prepondere sobre conveniências privadas e, de outro, instaura sobre ele restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente, a fim de impor, a um ou a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados quanto limitações para que não atuem abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários do serviço.

IV – Conceito de “serviço público”

15. “Serviço público” é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.

V – Regime jurídico do serviço público

16. Tudo o que esteja constitucionalmente indicado como serviço público ou que a lei venha a configurar como tal sujeita-se ao:

(a) *Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação* seja diretamente, nos casos em que é prevista a prestação direta, seja indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão, nos casos em que permitida tal modalidade, que, de resto, é a regra geral. Segue-se que, se o Estado omitir-se, cabe ação de responsabilidade por danos, a teor do art. 37, § 6º, da CF.

(b) *Princípio da supremacia do interesse público*, em razão do quê, tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; *jamais os interesses secun-*

dários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de prestá-lo, daí advindo, conseqüentemente, o:

(c) *Princípio da adaptabilidade*, ou seja, sua atualização e modernização, conquanto, como é lógico, dentro das possibilidades econômicas do Poder Público.

(d) *Princípio da universalidade*, por força do qual o serviço é indistintamente aberto à generalidade do público.

(e) *Princípio da impessoalidade*, do que decorre a inadmissibilidade de discriminações entre os usuários.

(f) *Princípio da continuidade*, significando isto a impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido – do que decorre a impossibilidade do direito de greve em tais serviços.

(g) *Princípio da transparência*, impositivo da liberação a mais ampla possível ao público em geral do conhecimento de tudo que concerne ao serviço e à sua prestação, aí estando implicado o:

(h) *Princípio da motivação*, isto é, o dever de fundamentar com largueza todas as decisões atinentes ao serviço.

(i) *Princípio da modicidade das tarifas* – deveras, se o Estado atribui tão assinalado relevo à atividade a que conferiu tal qualificação, por considerá-la importante para o conjunto de membros do corpo social, seria rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destina devessem, para desfrutá-la, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, que os que os marginalizassem.

Dessarte, em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, *muitas vezes subsidiados*, circunstância que – ao contrário do que sucede em países desenvolvidos – dificulta ou impossibilita o impropriamente chamado movimento das “privatizações”, isto é, da concessão de eles a terceiros, para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro.

(j) *Princípio do controle* (interno e externo) *sobre as condições de sua prestação.*

Este arrolamento, obviamente, nada mais representa senão o realce dado a alguns princípios *dentre os que compõem o regime jurídico administrativo*, tendo em vista sua ressonância evidente nos serviços pú-

blicos ou por se constituírem em especificações deles perante tal temática; mas, como é claro a todas as luzes, em nada excluem quaisquer outros não mencionados.⁹

VI – Titularidade exclusiva do serviço e titularidade não-exclusiva

17. Em princípio, poder-se-ia pensar que o titular *exclusivo* dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais a Constituição não lhe conferiu exclusividade, pois, conquanto as tenha colocado a seu cargo, simultaneamente deixou-as *liberadas* à iniciativa privada.

18. Há, na verdade, quatro espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade *exclusiva*, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos. São eles: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

É que, embora a Lei Magna os declare um “dever do Estado” (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também, ou (a) que “são livres à atividade privada” (arts. 199 para a saúde; 209 para a educação) ou (b) expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II, para a assistência social), ou (c) pressupõe uma atuação “complementar” da iniciativa privada (art. 202 para a previdência social).

9. Em nosso entender, os princípios componentes do regime jurídico administrativo são: (1) *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* (fundamenta-se na própria idéia de Estado); (2) *princípio da legalidade* (arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da CF); (3) *princípio da finalidade* (radica-se nos mesmos fundamentos do princípio da legalidade); (4) *princípio da razoabilidade* (estriba-se também nos dispositivos que esteiam os princípios da legalidade e finalidade); (5) *princípio da proporcionalidade* (por ser aspecto específico da razoabilidade, também se apóia nos citados fundamentos); (6) *princípio da motivação* (arts. 1º, II e parágrafo único, e 5º, XXXIV); (7) *princípio da impessoalidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, *caput*); (8) *princípio da publicidade* (arts. 37, *caput*, e 5º, XXXIII e XXXIV, “b”); (9) *princípio da moralidade administrativa* (arts. 37, *caput* e § 4º, 85, V, e 5º, LXXIII); (10) *princípios do devido processo legal e da ampla defesa* (art. 5º, LIV e LV); (11) *princípio do controle judicial dos atos administrativos* (art. 5º, XXXV); (12) *princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos* (art. 37, § 6º); e (13) *princípio da eficiência* (art. 37, *caput*).

Sem embargo, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial.

VII – Titularidade do serviço e titularidade da prestação

19. Não se deve confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação do serviço*. Uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas.

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a pôr a seu cargo), não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.

Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a *promover-lhes* a prestação.

Assim, tanto poderá *prestá-los* por si mesmo ou por entidade sua como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e, dentro de certos limites, outras pessoas de direito público interno ou da Administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe, e ainda assim enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas.

É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão.

VIII – Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil

20. Há certas prestações de atividade material que, por força da Constituição, são *obrigatoriamente serviços públicos* (obviamente, quan-

do volvidos à satisfação da coletividade em geral), assim como outras obrigatoriamente não o são.

São obrigatoriamente públicos os serviços que a Lei Magna declarou competirem ao Poder Público. Assim, serão *públicos federais* os arrolados como de competência da União no art. 21, X (serviço postal e correio aéreo nacional), XI (serviços de telecomunicações), XII, “a” (serviços de radiodifusão sonora – isto é rádio – e de sons e imagens – ou seja, televisão), XII, “b” (serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água), XII “c” (navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura portuária), XII, “d” (serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território), XII, “e” (serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros), e XII, “f” (a prestação dos serviços portuários marítimos, fluviais e lacustres).

Além destes, conforme já se disse, também são obrigatoriamente serviços públicos federais, mas não de titularidade exclusiva do Poder Público, os de saúde, de educação, de previdência social e os de assistência social.

Eis, pois, que, dentre todo este conjunto arrolado, há, então, quatro espécies de serviços sobre os quais o Estado detém titularidade, mas não *titularidade exclusiva*.

21. Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses: (a) serviços de *prestação obrigatória e exclusiva do Estado*; (b) serviços de *prestação obrigatória do Estado* e em que é também *obrigatório outorgar em concessão* a terceiros; e (c) serviços que o Estado é *obrigado a promover, mas não obrigado a prestar*, caso em que deverá *dá-los em concessão a terceiros*.

(a) *Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado*

22. Há duas espécies de serviços que *só podem ser prestados pelo próprio Estado*, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de *serviço postal e correio aéreo nacional*, como resulta do art. 21, X.

Isto porque, ao arrolar, no art. 21, competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a”-“f”) diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os

explorará diretamente “ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Diversamente, ao referir, no inciso X, o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

(b) *Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder*

23. Há uma espécie de serviços públicos que o Estado, conquanto obrigado a prestar por si ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização: são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão). Isto porque o art. 223 da CF determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Se esta complementaridade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem pode deixar de concedê-los, pena de faltar um dos elementos do trinômio constitucionalmente mencionado.

(c) *Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade*

24. Há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços (a) de educação, (b) de saúde, (c) de previdência social, (d) de assistência social e (e) de radiodifusão sonora e de sons e imagens – tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados.

25. Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI, da CF, o Estado pode prestar por si mesmo (mediante administração direta ou indireta) ou transferindo seu desempenho a entidade privada (mediante concessão, permissão ou autorização).

IX – Os serviços públicos e a dubiedade da expressão “autorização” na Constituição

26. A Constituição, afora o uso do termo “concessão”, ao falar da prestação de serviços públicos tanto usa da expressão “autorização” como da voz “permissão”. Nota-se que no art. 21, para referir sua outorga a terceiros do direito de prestar um serviço público, faz uso destas três

expressões. Já no art. 175 sua dicção é específica ao dizer que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão (...), a prestação de serviços públicos”. Ou seja, neste versículo fica bastante claro que só contempla duas formas normais de outorga a terceiros de titulação para prestar serviços públicos.

Como conciliar os preceptivos em apreço?

Atualmente, nosso entendimento é o de que a resposta se encontra no art. 175, que é aquele que cogita da normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Já a expressão “autorização”, que aparece no art. 21, XI e XII, tem em mira duas espécies de situações:

(a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, *mas não propriamente serviço público*, mas serviço de interesse privado delas próprias. Aí, então, a palavra “autorização” foi usada no sentido corrente em direito administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada, propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público;

(b) outra, a de abranger casos em que efetivamente está em paulo um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isto mesmo, a palavra “autorização” está utilizada também no art. 223 da CF.

GRANDES TEMAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

© CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

ISBN: 978-85-7420-968-5

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa

Criação: Vânia L. Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

08.2009