
maior parte das atividades, e o regime jurídico de direito público, atribuído aos serviços públicos.

I.2. O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Após a descrição da evolução da doutrina brasileiro em matéria de serviços públicos, é necessário apresentar os elementos caracterizadores do regime jurídico de direito público, aplicável aos serviços públicos, assim como suas origens e seu desenvolvimento.

I.2.1. A Divisão entre Regimes de Direito Privado e de Direito Público

A identificação de um critério para separar o direito público, típico do Estado, do direito privado, típico das relações entre particulares, sempre chamou a atenção dos estudiosos do direito.

No período subsequente à Revolução Francesa não havia grandes distinções entre o regime jurídico do Estado e o regime jurídico dos particulares. Ambos eram sujeitos às determinações e aos limites impostos pela lei³⁰, o que deflagrou a distinção entre o Estado de Polícia, existente no período anterior à revolução no qual o Estado não se submetia à lei, e o Estado de Direito, então criado. Em geral, particulares e Estado submetiam-se ao mesmo direito e se vinculavam de forma idêntica à lei, eis que em todos os casos havia uma *vinculação negativa*, segundo a qual todos poderiam fazer tudo aquilo que não fosse proibido por lei.³¹

Entretanto, a necessidade identificada na filosofia política da Alemanha do século XIX de justificação e legitimação do poder do Estado e a verificada na França de definição de critérios para repartição das competências do Conselho de Estado e da justiça comum fizeram surgir questionamentos acerca da aplicabilidade de um único regime jurídico ao Estado e aos particulares. Daí decorreu a busca por um critério que identificasse a ação

³⁰ Como bem remonta Caio TÁCITO, a pedra fundamental da construção da submissão da Administração Pública à lei, com decorrente atribuição de feição jurídica à Administração Pública, dá-se no ano de 1800, na França, com a Lei 28 pluviose do ano VIII. Cf. *Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva: 1975, p. 1.

³¹ A noção de vinculação negativa foi há muito superada, tendo sido sucedida por uma noção de vinculação estritamente positiva do Estado, segundo a qual apenas poderia realizar aquilo que a lei autorizasse. Hoje, muitas questões se colocam acerca do grau de vinculação do Estado à lei, havendo aqueles que defendam uma vinculação próxima da positiva e aqueles que defendam uma vinculação mais próxima da positiva. Para uma análise profunda detalhada do tema, confira-se: SESIN, Domingo Juan. *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica – Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, 2ª ed., Lexis Nexis Depalma: Buenos Aires, 2004, p. 22 e ss.

estatal e permitisse aos estudiosos do direito identificar seus contornos e suas conseqüências jurídicas.

No direito alemão, conforme leciona Jörn Ipsen³², três correntes foram formadas para identificar o direito aplicável à ação estatal. Uma primeira esteava-se no critério dos interesses, propugnando que se estaria diante de um regime público quando houvesse apenas *interesses públicos* tutelados, ao passo que se estaria diante de um regime privado quando houvesse *interesses privados* na relação jurídica. Tal teoria não prosperou em razão da possibilidade de o Estado se valer de instrumentos de direito privado para atender o interesse público, e de particulares poderem atuar por instrumentos privados para satisfazer tal interesse.

Uma segunda, mais clássica e defendida por autores como Jellinek e Fritz Fleiner³³, propugnava o critério de autoridade para separar esse dois regimes. Enquanto o direito privado seria inspirado na igualdade entre os particulares em suas relações jurídicas, o direito público seria determinado pela *autoridade* estatal, com poder de, em ação unilateral, constituir os particulares em obrigações. Tal corrente não prosperou, embora tenha sido aceita por longo período de tempo, em razão da possibilidade de arranjos contratuais entre Estado e particulares e em razão da possibilidade de existência de relações de autoridade também no direito privado, de tal forma que nem sempre a ação estatal é autoritária e nem sempre a relação cunhada pelo direito civil é igualitária.³⁴

Segundo as concepções atuais, no direito alemão, não há um critério que possa ser *a priori* definido para estabelecer o regime jurídico da administração pública. A ação estatal seria tão diversificada, que não poderia haver um regime jurídico único³⁵. Haveria, assim, a sujeição da administração pública ao regime jurídico que a lei viesse a determinar para cada caso específico.

³² Cf. IPSEN, Jörn. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 3ª ed., Carl Heymanns: Colônia, 2003, p. 6 e ss.

³³ Para Fritz FLEINER, não haveria uma distinção entre direito público e direito privado com relação à ação da administração pública. Esta poderia se valer de instrumentos tidos como de direito público, como de instrumentos tidos como de direito privado. O elemento diferenciador da administração pública em relação aos particulares decorre do caráter autoritário e unilateral da ação administrativa, em oposição ao caráter bilateral e igualitário das relações de direito privado. Cf. *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, p. 44-46.

³⁴ Guido ZANOBINI também parte do pressuposto da superioridade do Estado para qualificar a distinção entre direito público e direito privado. Contudo, o autor reconhece a possibilidade de o Estado estar sujeito a relações típicas de direito privado às quais o caráter da supremacia e da autoridade não serão aplicáveis. Cf. *Corso de Diritto Amministrativo*, vol. I, 8ª ed., Milão: Giuffrè, 1958, p. 25-26.

³⁵ SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., Heidelberg: Springer, 2006, p. 27.

Na França, a busca por um critério de separação foi tema de intensas discussões entre fins do século XIX e início do século XX. Dois critérios principais foram propostos, como ensina Jacqueline Morand-Deville, o critério da soberania do poder público, proposto pela Escola de Toulouse, e o critério do serviço público, proposto pela Escola de Bordeaux³⁶.

Conforme o primeiro, o regime de direito público proviria da autoridade estatal, do exercício de sua soberania. Pelo segundo critério, resultaria da prestação dos serviços públicos. A mesma autora afirma que, na atualidade, o regime público provém de uma mescla de referidas teorias, contemplando ao mesmo tempo a finalidade pública da ação administrativa e a autoridade necessária.³⁷

Os critérios identificados no direito alemão e no direito francês são, de certa maneira, semelhantes. Ou buscam apartar público e privado pelo crivo da autoridade ou pelo crivo do caráter serviente da administração pública, consubstanciado na noção de serviço público no direito francês e na noção de interesse público no direito alemão.

No direito brasileiro, diversas foram as teorias propostas para diferenciar o regime jurídico do Estado e o dos particulares. Segundo Caio Tácito, o regime público é aquele que decorre da lei, em razão da submissão da administração pública à lei, com vistas à tutela e à realização do interesse público, em contraposição ao regime privado em que há uma vinculação negativa dos agentes à lei e uma busca pela realização de interesses particulares. Portanto, segundo o autor, o elemento fundamental do direito público reside em sua forma de relação com a lei e no dever de atingir a finalidade precípua de realizar o interesse público.³⁸

A teoria mais difundida no Brasil – embora cada vez mais sujeita a questionamentos de todas as espécies – é aquela proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o regime de direito público seria demarcado por um binômio de “princípios” formado pelos “princípios” da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.³⁹

³⁶ Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours Droit Administratif*, 11^a ed., Paris: Montchrestien, 2009, p. 23.

³⁷ Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours Droit Administratif*, p. 24.

³⁸ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 1-12.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 43 e ss.

Nos lineamentos dessa teoria, que ainda será esmiuçada nesta tese, a atuação da administração pública baseia-se na idéia do interesse público, por ela tutelado, ser *supremo em relação aos interesses particulares*, mostrando-se *indisponível*, de tal forma que é vedado ao administrador público dispor de qualquer matéria relacionada ao interesse público. Nessa visão, o que definiria a ação da administração pública, apartando-a dos agentes privados, seria um conjunto de prerrogativas especiais destinadas à garantia de consecução do *interesse público*⁴⁰. Enquanto os agentes privados perseguem interesses privados, não lhes é atribuída pelo ordenamento jurídico qualquer *prerrogativa*, sendo suas relações na igualdade. De seu turno, a administração pública age perseguindo o interesse público, o qual, por ser supremo em relação aos particulares e indisponível, confere prerrogativas especiais à administração pública e a impede de pactuar, em igualdade de condições, com agentes privados.

A noção de supremacia do interesse público como fundamento de um conjunto de prerrogativas da administração pública é uma construção típica do direito administrativo brasileiro, que reúne elemento das duas principais teorias formuladas no direito europeu continental. Isso ocorre, pois a formulação da teoria da supremacia do interesse público, ao mesmo tempo, parte de um pressuposto finalístico (atendimento de interesses ou necessidades coletivos) e de um pressuposto de autoridade, na medida em que a prerrogativa atribuída à administração pública para a satisfação do interesse público é o uso de uma autoridade desigual com relação aos particulares. Sendo assim, o regime da administração pública seria aquele reunindo *prerrogativas* (autoridade) e finalidades a serem alcançadas por meio dessas prerrogativas.

Ela pressupõe completa separação entre o regime de direito público e o de direito privado. Se há interesse público, há o regime de direito público e, portanto, a incidência de prerrogativas e de autoridade. De outro lado, se não há interesse público, há um regime privado demarcado pela ausência de prerrogativas e pela igualdade entre as partes. Os regimes jurídicos são, nesta perspectiva, excludentes, comunicáveis. Qualquer interpenetração de um regime com o outro seria uma transgressão do direito.

Note-se que esse entendimento não reflete a atual situação fática verificada. Embora seja reconhecido um caráter especial na administração pública, em momento

⁴⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, p. 60.

algum há uma submissão a um regime jurídico único ou a uma apartação completa e estanque entre público e privado. A gama de atividades e atribuições conferidas ao Estado é tão ampla e tão diversificada que não se pode pretender encontrar um único regime jurídico qualificador da presença do Estado. Esta assumirá diferentes formas e critérios a cada momento, conforme assim estabelecer o direito positivo de acordo com a *função* a ser desempenhada pela administração pública.

Atualmente, não há como se falar em uma separação rígida entre regimes público e privado. Estes se confundem e se misturam; os critérios tradicionais de separação não conseguem responder a situações hoje presentes. Por vezes a privados são conferidas prerrogativas típicas do direito público – como a condução de processos de urbanização, nos quais serão satisfeitos interesses meramente empresariais do particular e interesses públicos⁴¹ –, ao mesmo tempo em que a administração pública se vale da transação e do consensualismo para atingir o interesse público, abrindo mão de suas “*prerrogativas*”.⁴²

Dessa forma, entendemos que o elemento diferenciador entre público e privado reside no fato de que a administração pública só age na realização de *funções*, ou seja, somente age para realizar algo que lhe seja imposto pelo ordenamento jurídico (*i.e.*, *uma obrigação*), norteado por normas jurídicas que forem aplicáveis. Não há como se buscar um único regime jurídico para a realização de todas as *obrigações* impostas à administração pública. Em cada momento e em cada função a ser realizada, o regime jurídico aplicável terá determinadas peculiaridades, manejáveis pela administração pública dentro das margens impostas pelo direito, conforme venha a ser necessário para o cumprimento adequado das respectivas obrigações.

Nesse sentido, preciosa é a lição de Sabino Cassese:

“(...) a administração é considerada, enquanto tal, função. Quer-se dizer, desta forma, que a administração é instituída para cuidar dos interesses gerais e que, portanto, deve estar, na sua globalidade, em uma ‘relação de congruência’ com os fins públicos. O ordenamento, portanto, assegura a funcionalização da

⁴¹ Sobre o tema, confira-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões Urbanísticas e Outorgas Onerosas*, in WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Direito Público – Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 529.

⁴² Cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do Contrato Administrativo. Uma Abordagem Histórico-Evolutiva com Foco no Direito Brasileiro*, tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Estado, São Paulo: mimeo, 2010, p. 298.

*administração em todos os seus aspectos: a organização, os meios (pessoal, patrimonial e financeiro) e a atividade”.*⁴³

Portanto, o intuito de apresentar critérios estanques e únicos de apartação entre público e privado não tende a não prosperar, dada a dificuldade da tarefa. Ambos se entrelaçam e se confundem na prática do direito. Os critérios apontados não alcançam abarcar todas as ações da administração pública e dos particulares.

Sendo assim, se há algum elemento diferenciador entre regime público e regime privado, tal elemento reside na noção de *função*, ou seja, de obrigação a ser cumprida, que impregna todas as ações da administração pública e não na natureza pública ou privada da norma jurídica aplicável.

Não nos valem, aqui, da clássica apartação feita pela doutrina entre função pública e serviço público, de acordo com o qual as funções públicas consistiriam em funções típicas de Estado e os serviços públicos em atividades exercidas pelo Estado, mas não típica de um poder soberano⁴⁴. A noção de *função* predica a atribuição de uma obrigação ao Estado, caracterizando sua ação. Enquanto os particulares são movidos pela autonomia da vontade, o Estado é movido pelo cumprimento de funções, ou seja, de obrigações que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico, pelo meio mais adequado proposto no ordenamento.⁴⁵

I.2.2. Conceito e Regime Jurídico dos Serviços Públicos nas Concepções Tradicionais

Após ser adotada a noção de serviço público em substituição à noção de *serviços de utilidade pública*, passou-se, no Brasil, com frequência, a impor aos serviços públicos um regime jurídico especial, denominado *regime jurídico de direito público*. Esse regime jurídico seria delineado por uma série prerrogativas asseguradas ao Estado (ou a seu delegatário) na prestação dos serviços públicos, em oposição a um regime jurídico de direito privado, que seria incompatível com tais prerrogativas. É dizer, quando há a

⁴³ CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão: Giuffrè, 2006, p. 23 (tradução nossa).

⁴⁴ Cf. TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 198.

⁴⁵ Como afirma Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da SILVA, “a lei, num número crescente de casos, limita-se à definição de grandes objectivos, bem como à indicação de princípios gerais de actuação, deixando às autoridades administrativas amplas margens de apreciação no que respeita à sua concretização”. Cf. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 83.

sujeição ao regime de direito público, há, necessariamente, oposição e incompatibilidade com o regime de direito privado.

Como prenunciado, no delineamento de um regime jurídico de direito público, a doutrina brasileira sofre fortes influências de Gaston Jèze, jurista integrante da Escola do Serviço Público, que identifica como elemento definidor dos serviços públicos a sujeição a um regime jurídico especial. Para ele, o regime jurídico dos serviços públicos seria identificável a partir do “*estabelecimento de obrigações especiais destinadas a assegurar o funcionamento do serviço*”, as quais incluem o poder de constituir servidões e determinar desapropriações, a sujeição dos interesses particulares ao interesse geral, o poder de recolher tributos e outras formas de remuneração pela prestação dos serviços, entre outras.⁴⁶

No direito brasileiro, após Themístocles Brandão Cavalcanti⁴⁷, que propugnava pela existência de um regime de prerrogativas aplicável aos serviços públicos, outros doutrinadores passaram a identificar nos serviços públicos um regime de prerrogativas especiais, além do regime relacionado ao poder conferido ao Estado controlador da atividade de dispor sobre a organização do serviço e o valor das tarifas⁴⁸. É o caso da posição é adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁴⁹

Segundo Ruy Cirne Lima, os serviços públicos têm intrínseca vinculação com a organização administrativa⁵⁰, seria inerente à noção de referidos serviços a existência de quatro garantias, a modelar o regime jurídico de direito público. Tais garantias seriam representadas por: (i) patriotismo dos agentes prestadores, que, necessariamente, deveriam ser brasileiros; (ii) o não-predomínio do escopo de lucro na exploração da atividade, de forma a serem admissíveis limitações aos ganhos das empresas concessionárias; (iii) a proteção das empresas prestadoras de serviços público contra processos privados de execução patrimonial que lhes possam embargar as atividades; e (iv) a proteção da

⁴⁶ JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*, vol. II, p. 23.

⁴⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, p. 59.

⁴⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, p. 55.. No mesmo sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27ª ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 316 e ss.

⁴⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Principios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 149.

⁵⁰ LIMA, Ruy Cirne. *Organização Administrativa e Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro*, Revista de Direito Público nº. 59-60, julho/dezembro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 131-132.

prestação do serviço público contra *interesses privados da administração* que possam causar qualquer embaraço à prestação do serviço.⁵¹

Acerca do assunto, Mário Masagão afirma que os serviços públicos são *regidos pelo direito público*, como todas as demais atividades do Estado, exceto aquelas equiparadas às ações dos particulares. Assim, para o autor, é inerente à noção de serviço público um regime jurídico especial, que o diferencia das atividades privadas⁵². Linha semelhante é adotada por José Cretella Júnior, que também identifica no serviço público um regime jurídico próprio de direito público, fundamentado na aplicação de *princípios publicísticos*⁵³. Mas, nenhum dos autores explicita o conteúdo do regime de direito público, podendo-se entender que se trata de uma extensão, aos serviços públicos, do regime de prerrogativas típicas da Administração Pública.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o elemento fundamental na caracterização de um serviço público reside *no regime jurídico da atividade*, consagrado em lei. Para ele, é essencial, a fim de caracterizar um serviço público, a incidência de um regime próprio de direito público, exorbitante do regime privado, resultante de uma vontade legislativa.

Afirma o autor:

*“Serviço público ou atividade pública é aquela que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios. Este regime especial instaura procedimentos exorbitantes do direito privado, é derogatório das regras de direito comum e constitui situação privilegiada em favor das partes (o Poder Público), excepcionando a igualdade comutativa das situações e vontades jurídicas. Não é, pois, uma qualidade própria da atividade; apenas decorre do regime normativo”.*⁵⁴

Em outra manifestação, considera:

“Como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras; isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar. Daí que só merece ser designado como serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade

⁵¹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre: Globo, 1939, p. 70.

⁵² MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 269.

⁵³ CRETILLA JR. *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 203.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 170.

*material fruível diretamente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: o regime de direito público”.*⁵⁵

Conforme o entendimento do autor, referido regime de direito público incidente sobre os serviços públicos forma uma:

*“unidade normativa formada por princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo”.*⁵⁶

Nessa perspectiva, o regime jurídico dos serviços públicos seria caracterizado pela possibilidade de atuação autoritária da administração pública, pautada por prerrogativas e privilégios especiais, que seriam, nas palavras do autor, expressões de soberania, tais como a possibilidade de constituição unilateral de particulares em obrigações, presunção de legitimidade, auto-executoriedade, entre outras.⁵⁷

Em suas manifestações mais recentes acerca da matéria, ele afirma que o regime jurídico de direito público dos serviços públicos seria decorrente da adoção de determinados princípios jurídicos específicos, dos quais adviriam tanto as prerrogativas e privilégios da administração pública (como o “princípio” da supremacia do interesse público sobre o interesse particular” e o princípio da motivação”), quanto obrigações inerentes a uma atividade destinada à satisfação de necessidades essenciais da coletividade (como ocorre com os princípios da universalidade, da continuidade e da modicidade tarifária).⁵⁸

Ainda, na concepção do autor, o regime de direito público aplicável à atividade deve ser único, não sujeito a modulações, de tal forma que uma atividade, quando erigida a serviço público, estaria, na sua integralidade, sujeita a referido regime. Vale dizer, aplicável o regime jurídico de direito público sobre uma atividade, ela ficaria infensa ao regime privado, pois seria impossível que uma mesma atividade fosse regida pelas suas normas e pelas normas do regime de direito público.

É o que se depreende da seguinte colocação do autor:

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 18.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, p. 19.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, p. 19.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 640-641.

“Em suma: o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de direito público e outras prestadas em regime de economia privada”.⁵⁹

De forma diversa, Maria Sylvia Zanella di Pietro entende não haver um regime jurídico exclusivamente público para os serviços públicos. A autora afirma que o referido regime jurídico será total ou de modo parcial o regime de direito público, sendo este composto, entre outras normas, pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e o da igualdade entre os usuários. Segundo a autora, os serviços públicos industriais ou comerciais (que formam o cerne desta tese) podem sofrer a influência do “direito comum”, em questões como a incidência das normas de emprego em vez do regime estatutário, a aplicação do direito civil para o regime de determinadas relações comerciais e para o regime dos bens não afetos ao serviço. porém, ainda no seu pensamento, tais serviços públicos não se equipararão a atividades econômicas, eis que são atividades assumidas pelo Estado e postas sob sua incumbência.⁶⁰

Mesmo é o entendimento de Lúcia Valle Figueiredo, para quem os serviços públicos são atividades prestadas pelo Estado ou por terceiros em seu lugar, sob a sujeição de um regime prevalente de direito público. Ou seja, ainda que possa haver alguma influência do direito privado, os serviços públicos sujeitam-se ao regime jurídico de direito público, informado por determinados princípios jurídicos e determinados privilégios e prerrogativas especiais.⁶¹

Em sentido semelhante, Odete Medauar anota que as atividades caracterizados como serviço público devem ser, ao menos em parte, sujeitas ao regime de direito público, não podendo haver serviços públicos sujeitos de forma exclusiva ao direito privado. Na sua óptica, não haveria campos passíveis de definição *a priori* de incidência do direito privado, devendo sempre haver um mínimo de regime público aplicável à atividade, ainda que se possa pensar nela de modo evolutivo inserindo-se uma lógica econômica e a concorrência.⁶²

Diante das considerações doutrinárias apresentadas, pode-se verificar que os serviços públicos são, no direito brasileiro, em geral considerados atividades prestadas de

⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, p. 19.

⁶⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 95 e ss.

⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

⁶² Cf. MEDUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 10ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 315-316.

forma direta ou indireta pelo Estado, sob um regime jurídico especial de direito público, com vistas à satisfação de necessidades elementares da sociedade. Tal definição incorpora os elementos material (atividade destinada à satisfação de necessidades coletivas), orgânico (prestadas pelo Estado por quem lhe faça as vezes) e formal (sob um regime de direito público)⁶³. Esses seriam, portanto, os traços fundamentais do serviço público no direito brasileiro em geral.

1.2.3. Aplicação e Conseqüências do Regime Jurídico de Direito Público

Verifica-se, então, que o elemento formal dos serviços públicos (i.e., seu regime jurídico de direito público) é um dos mais relevantes para sua configuração. Embora se detectem algumas discussões entre a maior relevância dos critérios orgânico ou material, o critério formal está presente em todas as definições. Por isso, torna-se relevante perquirir qual o efetivo conteúdo do elemento formal, sua extensão e suas decorrências na configuração jurídica dos serviços públicos.

Pode-se indicar uma linha comum entre os entendimentos apontados: do regime jurídico de direito público incidente sobre os serviços públicos decorrem certas prerrogativas especiais em favor do Estado prestador (ou daqueles que venham a prestar a atividade em nome e no lugar do Estado), que podem ou não vir associadas a deveres especiais, nos casos em que se considere que princípios como universalização, modicidade tarifária, continuidade e outros integram o regime jurídico de direito público⁶⁴.

Essas prerrogativas têm uma enorme abrangência, pois abarcam diversos benefícios e privilégios conferidos ao Estado prestador dos serviços públicos, ou a quem esteja em seu lugar por delegação, tais como benefícios fiscais (artigo 31 da Constituição Federal de 1946) e privilégios em processos de execução patrimonial. Todavia, uma das mais relevantes do chamado regime jurídico de direito público incidente sobre os serviços públicos reside, nesta linha, na *exclusividade de prestação conferida à atividade*.

⁶³ Acerca da evolução que nesse ponto mencionamos, confira-se: LEAL, Rogério Gesta. *O Serviço Público no Brasil e seus Impactos Extra-Normativos: aspectos econômicos e sociais das decisões judiciais*, Revista Interesse Público, n.º. 57, setembro/outubro de 2009, ano XI, Belo Horizonte: Fórum, p. 32 e ss.

⁶⁴ Por exemplo, para Mário MASAGÃO os princípios dos serviços públicos são caracteres gerais dos serviços públicos e não princípios a eles aplicáveis. Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 268.

Na formulação mais comum no direito pátrio⁶⁵, a incidência de um regime jurídico de direito público sobre os serviços públicos transforma a atividade em uma ação prestada em regime de *exclusividade estatal*. Conforme entendimento de parcela significativa da doutrina administrativista brasileira, *a prestação de um serviço público implica, ipso iure, por conta do regime jurídico de direito público, uma reserva de mercado exclusiva nas mãos do Estado, com a subtração da atividade do âmbito da livre iniciativa econômica, fazendo com que apenas o Estado ou quem dele receba uma delegação possa explorar a atividade*.

Gaston Jèze indica a presença de monopólio estatal como forte indício da existência de um serviço público, pois a eleição de uma atividade como serviço público faz do Estado seu titular, legitimando a exclusividade⁶⁶. Da mesma forma, Themístocles Brandão Cavalcanti sustenta que os serviços públicos são, apenas, aqueles prestados diretamente pelo Estado ou por particulares em regime de concessão estatal. Caso haja atividade com maior liberdade econômica, ter-se-ia um *serviço público impróprio*, ou seja, uma atividade de interesse coletivo, mas sem configurar um serviço público. Assim, o autor também defende um regime de exclusividade estatal para os serviços públicos.⁶⁷

Para Mário Masagão, os serviços públicos têm essa natureza seja porque sobre eles recai um *monopólio público*, seja porque são prestados em um regime de privilégio, decorrente do poder de seu prestador explorar, sem possíveis concorrências, os bens do domínio público. Logo, as atividades erigidas a serviço público ou são monopolizadas pelo Estado ou implicam um privilégio estatal consistente no direito de utilização de bens do domínio público⁶⁸. O mesmo entendimento é compartilhado por José Cretella Júnior⁶⁹.

Na visão de Ruy Cirne Lima, os serviços públicos são essencialmente exclusivos do Estado em razão de sua vinculação com a organização administrativa e com os deveres impostos ao Estado. Com isso, atividades que venham a ser assumidas pelo Estado em razão de sua relevância social e que demandem o uso de bens do domínio público são

⁶⁵ Mencione-se aqui que a construção não é exclusiva do direito brasileiro. No direito argentino também há quem defenda que os serviços públicos devem ser prestados em regime de exclusividade estatal. Neste sentido, confira-se: GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. VI-10-11.

⁶⁶ JÈZE, Gaston. *Princípios Generales del Derecho Administrativo, vol. II*, p. 23.

⁶⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo, vol. II*, p. 50-51.

⁶⁸ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, p. 271.

⁶⁹ CRETILLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro, 2ª ed.*, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 428 e 429.

considerados *serviços públicos* e, como tais, são exclusivos do poder público, devendo ser prestados de forma direta ou em regime de concessão ou permissão.⁷⁰

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços públicos são atividades que não são convenientes de serem deixadas para a livre iniciativa, devendo ser necessariamente assumidas pelo Estado. A permanência de uma atividade erigida a serviço público como atividade de livre acesso retira por completo sua função como serviço público⁷¹. Assim, para o autor, a constituição de um serviço público resulta na existência de uma *prestação exclusiva* pelo Estado, ou por seu delegatário.⁷²

No posicionamento de Maria Sylvia Zanella di Pietro, os serviços públicos devem estar fora da livre iniciativa, sendo de reserva estatal exclusiva. Caso um determinado serviço público venha a ser colocado em ambiente de livre iniciativa, segundo a autora, ele deixa de ser serviço público propriamente dito e passa a ser um serviço público “*virtual*” ou “*impróprio*”, apenas sendo um serviço público próprio quando prestado de modo exclusivo pelo Estado ou por um delegatário em regime de concessão ou permissão.⁷³

Desse modo, em tradicionais concepções doutrinárias da característica de serviço público incidente sobre certa atividade resulta a aplicação de um *regime jurídico de direito público*, do qual decorre *uma exclusividade estatal na exploração da atividade*, ficando vedado, em tese, o livre acesso por particulares. Sendo assim, a prerrogativa de exploração exclusiva pelo Estado, a qual seria uma parte integrante do regime jurídico de direito público, seria elemento configurador dos serviços públicos. Em outras palavras, a constituição de um serviço público interditaria a adoção das regras de mercado para a

⁷⁰ Cf. LIMA, Ruy Cirne. *Organização Administrativa e Serviço Público no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 131-132.

⁷¹ Note-se aqui que o autor faz um comentário acerca da possibilidade de coexistência da mesma atividade em dois regimes jurídicos que poderia demonstrar uma incompatibilidade entre nossas afirmações e o entendimento do autor. Contudo, segundo o autor, apenas os serviços públicos de saúde, educação, assistência social e previdência social podem ser explorados em coexistência de regimes. Os demais serviços públicos previstos na Constituição Federal, que constituem o objeto de estudo deste trabalho, seriam exclusivos do Estado ou daqueles que vierem a receber uma delegação do Estado. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 644, 650-652.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 633. Ademais, confira-se o conteúdo da nota de rodapé nº. 5 do Capítulo XI da mesma obra, que, a despeito de seu conteúdo essencialmente político, deixa muito clara a sua posição quanto à reserva exclusiva dos serviços públicos ao Estado ou a seu delegatário.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 215-216.

atividade e afastaria a livre iniciativa, eis que seu regime público típico impossibilita a aplicação dessas.⁷⁴

I.3. O SERVIÇO PÚBLICO COMO FORMA DE ATIVIDADE ECONÔMICA ESPECIAL

Uma das teorias mais relevantes apresentadas nas últimas décadas o Brasil acerca da natureza jurídica dos serviços públicos é aquela formulada por Eros Roberto Grau, para quem os serviços públicos formariam uma *categoria especial de atividade econômica*. Para ele, “*atividade econômica é gênero no qual se inclui a prestação de serviços públicos*”⁷⁵, de tal forma que as atividades econômicas seriam divididas em atividades econômicas em sentido amplo e atividades econômicas em sentido estrito. As primeiras abarcariam todas as atividades econômicas, inclusive os serviços públicos, ao passo que as segundas seriam apenas aquelas inseridas em um contexto de livre iniciativa, do qual são excluídos, por conseguinte, os serviços públicos.

Afirma o autor:

“Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou de outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de um modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”.⁷⁶

Ainda, a “*iniciativa econômica está para o setor privado assim como o serviço público está para o setor público*”⁷⁷. Sendo assim, verifica-se, pela teoria formulada por Eros Roberto Grau, que haveria determinadas atividades econômicas naturalmente destinadas à exploração pelo Estado. Essas seriam parcela daquelas atividades econômicas

⁷⁴ Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 139.

⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 89 (destaques do original)

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 147 (destaques do original).

⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 110.

em sentido amplo que apresentariam um elemento que as predispuesse para prestação estatal. Portanto, enxerga o autor a existência de uma *livre iniciativa pública* para a exploração de referidas atividades econômicas.

De acordo com esse entendimento, as atividades que se configuram como serviços públicos são atividades econômicas em sentido amplo, que, em razão de sua relevância à consecução da coesão social, são convertidas em serviços públicos. Com isso, a concepção do autor de serviço público prescinde de uma análise prévia de seu regime jurídico ou de seu prestador. A atividade, em si própria, conteria elementos que a fizessem despontar como um serviço público.

Afirma o autor:

*“Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.*⁷⁸

Não haveria, nem na Constituição, nem na legislação infraconstitucional, um rol fechado das atividades constituintes de serviços públicos. Pelas concepções do autor na teoria em debate, o caráter principiológico e programático da Constituição autoriza afirmar que qualquer atividade que seja indispensável para a *coesão social* será um serviço público. Nessa perspectiva, a caracterização de um serviço público prescindiria de qualquer análise jurídica, bastando apenas os próprios delineamentos da atividade em função das necessidades do interesse social. Com isso, para ele, um serviço público não seria caracterizado em razão de seu regime jurídico, mas sim apresentaria um regime jurídico próprio porque serviço público.⁷⁹

Por conseguinte, o que se pode extrair da teoria é a divisão das atividades econômicas em atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos (atividades econômicas em sentido amplo). As primeiras pertencem à iniciativa privada, somente podendo ser exploradas pelo Estado nos casos com expressa autorização pela Constituição Federal (artigo 173). E as segundas pertencem ao Estado por serem atividades de extrema relevância para a coesão social, somente podendo ser exploradas por particulares em casos específicos, por meio de concessão ou permissão (artigo 175).

⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 159.

⁷⁹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 163-166.

Permanecendo na trilha do autor sobre a teoria das atividades econômicas especiais, o reconhecimento de uma determinada atividade econômica em sentido amplo como serviço público não é irrelevante juridicamente. Além da obrigação estatal de sua exploração, em regra, as atividades econômicas em sentido amplo convertidas a serviço público implicariam um direito *privativo* do Estado, exceto nos casos em que a Constituição disponha em sentido contrário. Assim, a Constituição Federal criaria serviços públicos privativos (aqueles previstos no artigo 175) e serviços públicos *não privativos*, representados pelos serviços de saúde e educação, por força de dispositivo constitucional expreso, abertos à livre iniciativa privada (artigos 199 e 209).⁸⁰

Com relação aos serviços públicos de que cuidamos nesta tese (os serviços públicos econômicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal), entende Eros Roberto Grau que sua constituição *o torna uma atividade privativa do Estado* e, portanto, subtraído da livre iniciativa econômica, de tal forma que seu empreendimento por particulares apenas pode se dar no regime público por meio de concessão, permissão e autorização⁸¹. Ele não aceita a hipótese de assimetria de regimes, na qual os serviços públicos podem ser explorados simultaneamente nos regimes público e privado, tal como se depreende das seguintes colocações:

“O raciocínio desenrolado era evidentemente errôneo, visto ter partido de premissa equivocada, qual seja, a de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Isso, como se vê, é inteiramente insustentável.

Assim, o que torna os chamados serviços públicos não privativos distintos dos privativos é a circunstância de os primeiros poderem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, ao passo que os últimos apenas poderão ser prestados pelo setor privado sob um desses regimes.”⁸²

Para Fernando Herren Aguillar, os serviços públicos devem ser vistos a partir de uma análise de atividades econômicas. Na visão do autor, os serviços públicos seriam atividades reservadas para o Estado, enquanto as demais atividades econômicas são destinadas aos particulares. A grande ruptura com o pensamento de Eros Grau na formulação de Fernando Herren Aguillar reside no fato de que, para esse último, os

⁸⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 153.

⁸¹ No Capítulo VII adiante teceremos alguns comentários acerca do papel e da relação entre autorização e serviços públicos.

⁸² Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 153-154.

serviços públicos são previstos de forma exaustiva na Constituição Federal, de tal forma que apenas existem serviços públicos quando o texto constitucional expressamente assim declarar, não havendo a possibilidade de criação de serviços públicos adicionais em razão de elementos intrínsecos da atividade.⁸³

Diante dessas considerações, é possível apresentarmos os pontos comuns e conflitantes entre as concepções mais tradicionais dos serviços públicos e a concepção do serviço público como atividade econômica especial.

Em primeiro lugar, segundo a teoria dos serviços públicos como atividades econômicas especiais, não há a colocação do tema dos serviços públicos como elemento de identificação do direito administrativo ou como delimitador da esfera pública, tal qual ocorre com relação às primeiras teorias fortemente influenciadas pelo direito francês⁸⁴. Com isso, a noção de serviço público restringe-se, de forma exclusiva, a atividades econômicas, não abarcando quaisquer outras estatais como as sociais e as culturais.⁸⁵

Ademais, segundo a teoria dos serviços públicos como atividades econômicas especiais, o relevante para a definição de um serviço público não será o regime jurídico sobre ele incidente, nem tampouco o reconhecimento, em lei, da configuração de serviço público. Será, no entanto, a natureza fática da atividade em vista das necessidades sociais, da qual decorrerá, *ipso facto*, o seu regime especial e a sua colocação no campo de atuação do Estado (independente de sua previsão *numerus clausus* ou não no texto constitucional).

⁸³ Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social dos Serviços Públicos*, São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 125, 133-134.

⁸⁴ Sobre a questão, observa Dinorá Adelaide Musetti GROTTI: “Os serviços públicos, de forma diferente, a par de sua dimensão econômica – visto serem também relativos a bens escassos – obedecem a parâmetros diferentes a respeito de oportunidade e conveniência de serem prestados em determinadas condições, sob prerrogativas e sujeições especiais. Referem-se ao espaço público e não ao espaço privado, e sua qualificação como serviço público supõe excluir uma atividade das regras de mercado. Dessa forma, os serviços públicos podem ter diferentes modos de prestação, atendendo às necessidades coletivas, à garantia dos usuários, funcionando, inclusive, como uma técnica de proteção aos direitos humanos, consoante a maneira conjuntural de abordar a realidade social em determinado momento histórico”. Cf. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, p. 139.

⁸⁵ A Constituição Federal contempla gama relativamente ampla de atividades econômicas enfeixadas sob a noção de serviço público, as quais vão de atividades meramente administrativas (serviço público em sentido orgânico) até serviços de natureza eminentemente social (saúde e educação), perpassando por atividades nitidamente econômicas. Assim, a visão dos serviços públicos como atividades essencialmente econômicas deveria, necessariamente, excluir as atividades prestacionais de saúde e educação, eis que estas estão situadas fora da ordem econômica e são serviços públicos sociais e não econômicos. Daí decorre, segundo nosso entendimento, contradição na teoria de Eros Roberto GRAU, uma vez que o autor restringe a noção de serviços públicos a atividades econômicas e inclui, dentre os serviços públicos, atividades que, quando exploradas pelo Estado, jamais serão atividades econômicas.

De outro turno, no tocante aos traços comuns, tanto a concepção do serviço público como elemento definidor do direito administrativo, quanto aquela que vê esse serviço como atividade econômica especial, enxergam consequência idêntica: a eleição de uma atividade como serviço público interdita, de forma necessária, seu exercício pelos particulares, exceto se detentores de concessões, permissões ou autorizações, resultantes de iniciativa do poder público. Vale dizer, em ambos os casos, entende-se haver uma interdição imanente à livre iniciativa como decorrência da configuração de determinada atividade como serviço público.

No caso da visão mais comum do direito administrativo, tal interdição decorre da inserção do serviço público no campo típico de atividades do Estado e de sua submissão a um regime jurídico de direito público, contrário a um regime de livre iniciativa e livre concorrência. De outro bordo, no caso da visão dos serviços públicos como atividades econômicas especiais, a interdição à livre iniciativa seria uma decorrência do caráter privativo devido a seu relevo para a coesão social.

1.4. O REFLEXO DA DOCTRINA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As concepções doutrinárias mencionadas ao longo deste Capítulo passaram, ao longo do tempo, a exercer reflexo na a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não o exerceram, porém, de forma uniforme. Há momentos em que o aspecto material dos serviços públicos tem força preponderante, sendo sucedido, em vezes, pelo aspecto formal e em outras oportunidades pelo aspecto orgânico.

Há que se observar que o Supremo Tribunal Federal não emprega o termo “serviço público” só com o sentido aqui adotado. Referido termo é usado pelo Tribunal para designar uma série de atividades públicas, que abrangem desde a exploração de determinadas atividades pelo Estado até a atividade orgânica da administração pública.⁸⁶

Sem o intuito de, neste ponto, extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal *um conceito de serviço público*, a partir de decisões pontuais se demonstrará como as noções doutrinárias de serviços públicos afetam as decisões do Supremo Tribunal

⁸⁶ Nesse sentido, muito propriamente afirma Adriana de Moraes VOJVODIC que a utilização do termo “serviços públicos” pelo Supremo Tribunal Federal “*não segue um critério muito rígido por parte do Tribunal*”. Cf. *Nos Labirintos do STF: em Busca do Conceito de “Serviço Público”. Uma Visão a partir do Caso “ECT”, in COUTINHO, Diogo Rosenthal / _____ (org.). Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 418.