

Maria Sylvia Zanella
Di Pietro

DIREITO
ADMINISTRATIVO

29.^a revista,
edição atualizada
e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

4

SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1 CONCEITO

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam **conceito amplo**, enquanto outros preferem um **conceito restrito**. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o **material** (atividades de interesse coletivo), o **subjeto** (presença do Estado) e o **formal** (procedimento de direito público).

4.1.1 SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO AMPLO

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a chamada **Escola de Serviço Público**, e foram tão amplas que abrangiam, algumas delas, todas as atividades do Estado.

Conforme ensinamento de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2003:19-20), o primeiro a utilizar a expressão teria sido Rousseau, no *Contrato Social*, com o significado de qualquer atividade estatal e abrangendo dois aspectos: “*de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço do público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania*”.

No direito francês, a noção de serviço público foi particularmente importante por duas grandes razões: (a) de um lado, o critério do serviço público foi um dos adotados, por longo período, para separar a competência da jurisdição administrativa da competência da justiça comum; (b) de outro lado, foi utilizado como critério de definição do próprio direito administrativo.

Com efeito, em decorrência da proibição aos tribunais judiciais de apreciar os atos da Administração e de perturbar as suas operações, surgiu a necessidade de definir os critérios definidores da competência de cada uma das jurisdições. Esses critérios sucederam-se no tempo, por força de interpretação do próprio Conselho de Estado Francês (órgão de cúpula da jurisdição administrativa). Afastou-se logo de início a ideia de que todos os atos praticados pela Administração seriam excluídos da justiça comum. E passaram a ser adotados três critérios concomitantes: (a) o que proibia aos tribunais judiciais o direito de condenar o Estado a pagar qualquer soma em dinheiro (*critério do Estado devedor*); (b) o que atribuía à jurisdição administrativa o conhecimento dos atos de autoridade (os atos de império) e, aos tribunais judiciais, o conhecimento dos atos de gestão (critério dos atos de império e atos de gestão); (c) o que atribuía à jurisdição administrativa os atos de gestão pública, ficando com os tribunais judiciais os atos de gestão privada, como, por exemplo, a gestão do domínio privado, por meio de contratos de direito privado.

A partir do famoso caso Blanco, começou a alteração nos critérios de definição da competência das duas jurisdições. Tratava-se de ação de indenização proposta pelo pai de Agnès Blanco, em decorrência de ferimentos causados por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura de Fumo. Surgindo conflito de competência, foi o mesmo submetido ao Tribunal de Conflitos (competente para decidir os conflitos de atribuições surgidos entre os tribunais judiciais e os tribunais administrativos). Esse Tribunal, por decisão tomada em 1873, entendeu que os danos tinham sido causados no exercício de uma atividade de *serviço público* e que a responsabilidade pelos prejuízos causados por serviços públicos devia reger-se por princípios próprios, diversos daqueles previstos no Código Civil para as relações entre particulares.

A decisão foi pouco mencionada nos anos subsequentes, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, continuando a aplicar-se preferencialmente o critério dos atos de autoridade e atos de gestão. A dificuldade estava em definir um critério que permitisse identificar os atos de autoridade, regidos por normas próprias (o direito administrativo), diversas das que regem os atos de gestão.

Com o caso Terrier, foi feita a ligação com o caso Blanco, ficando decidido pelo Conselho de Estado, em 6-2-1903, que “*tudo o que diz respeito à organização e funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais ou locais, quer a Administração aja por via de contrato, quer proceda por via de autoridade, constitui uma operação administrativa que é pela sua natureza da competência administrativa*” (Jean Rivero, 1981:190). Com isso, a distinção entre atos de autoridade e atos de gestão pôde ser feita pelo critério do serviço público.

Esse critério teve dupla utilidade: passou a ser utilizado como definidor da competência da jurisdição administrativa,¹ e, pela forma como evoluiu, passou a ser adotado como critério de definição do próprio direito administrativo.

¹ Havia exceção a essa regra, nas hipóteses em que a Administração opta pela gestão privada dos serviços públicos, o que ocorre especialmente na gestão do domínio privado; nesse caso, embora se trate de serviço público, a competência desloca-se para a justiça comum.

A chamada Escola do Serviço Público, liderada por Leon Duguit e integrada também por Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland, dentre outros, formulou as primeiras noções de serviço público, algumas delas tão amplas que abrangiam todas as atividades do Estado.

Leon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público.

Duas grandes ideias estavam presentes nos conceitos de serviço público formulados pela Escola do Serviço Público: (a) trata-se de atividade ou organização assumida por uma coletividade pública (a chamada *publicatio*); e (b) o seu objetivo é o de satisfazer a uma necessidade de interesse geral. A esses dois elementos tem-se que acrescentar um terceiro, que era a submissão dos serviços públicos a regime jurídico derogatório do direito comum. Nas palavras de Rivero (1981:193), “*na prática mais frequente do Estado liberal, no serviço público encontravam-se reunidos três elementos: um organismo administrativo, uma atividade de interesse geral e um regime jurídico derogatório do direito comum*”.

Como ensinam Vedel e Delvolvé (1984:1097), “*o direito administrativo é o ‘direito dos serviços públicos’. Todas as suas regras encontram sua justificativa nesta ideia: por exemplo, as sujeições especiais que pesam sobre os funcionários e notadamente a interdição ou a limitação do direito de greve se explicam pelas necessidades do serviço público, em particular no que se refere à continuidade; as regras especiais concernentes aos bens do domínio público se explicam por sua afetação ao serviço público; o regime exorbitante do direito comum que governa os contratos administrativos se explica pelo laço estreito que têm esses contratos com os serviços públicos; as condições para que incida a responsabilidade das pessoas públicas, condições ora mais severas ora menos severas que aquelas que regem a responsabilidade dos particulares, explicam-se pelas particularidades de funcionamento dos serviços públicos, etc. [...]*”

Por influência da Escola de Serviço Público, alguns doutrinadores brasileiros adotaram conceito amplo de serviço público.

No direito brasileiro, exemplo de conceito amplo é o adotado por Mário Masagão. Levando em consideração os fins do Estado, ele considera como serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” (1968:252). Nesse conceito ele inclui a atividade judiciária e a administrativa; nesta o Estado exerce atividade primária, decidindo sobre o seu próprio procedimento, ao passo que, naquela, desempenha função de terceiro, ao gerenciar o procedimento das partes. Para ele, a atividade legislativa é própria da Administração Pública. No entanto, ele dá também um **conceito restrito de serviço público administrativo**, como “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária”. Ainda assim, o conceito é um pouco amplo, porque abrange todas as atividades exercidas

pela Administração Pública, sem distinguir a atividade jurídica (poder de polícia), a atividade material (serviço público) e a atividade econômica.

Amplo também é o conceito de José Cretella Júnior (1980:55-60), para quem serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Hely Lopes Meirelles (2003:319) define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”. O conceito é um pouco mais restrito do que o de Cretella Júnior, porque, ao fazer referência à **Administração** e não ao Estado, exclui as atividades legislativa e jurisdicional. No entanto, ainda é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange **todas** as atividades exercidas pela Administração Pública.

Odete Medauar (2007:313) faz referência ao serviço público em sentido amplo, que abrange inclusive as atividades dos Poderes Legislativo e Judiciário, mas observa que, “*como um capítulo do direito administrativo, diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, inserida no Executivo*”. E acrescenta que o serviço público “*refere-se a **atividade prestacional**, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano*”.

Edmir Netto de Araújo (2010:123) faz referência a um conceito amplo, que é o de sua preferência e, segundo ele, adotado por boa parte da doutrina estrangeira e brasileira. Nesse sentido, serviço público “é toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”. Mas o autor dá também o conceito restrito de serviço público, que seria “*todo aquele que o Estado exerce direta ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas **somente pela Administração**, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional, sob normas e controles estatais, para satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado*”.

4.1.2 SERVIÇO PÚBLICO EM SENTIDO RESTRITO

Restritos são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela **Administração Pública**, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como **uma** das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado. Parte-se da distinção entre **atividade jurídica** e **atividade social**. Na primeira, consoante ensinamento de Caio Tácito (1975:198-199) “atende-se à preservação do direito

objetivo, à ordem pública, à paz e à segurança coletivas”; corresponde ao **poder de polícia**. Na atividade social, ao contrário, “a Administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem-estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares”. Equivale aos **serviços públicos** propriamente ditos.

Restrito é o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello (1975b:20 e 2010:679). Ele considera dois elementos como integrantes do conceito: o substrato **material**, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível **diretamente** pelos administrados; e o substrato **formal**, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais. Para ele, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”.

Embora, ao explicar o conceito, o autor se refira a dois elementos, constata-se, pela noção transcrita, que ele também considera os **interesses que o Estado houver definido como próprios no sistema normativo**. Nessa parte, ele adota a mesma orientação de Gaston Jèze, para concluir que é o Estado, por meio do Poder Legislativo, que, a seu sabor, erige ou não em serviço público tal ou qual atividade, desde que respeite os limites constitucionais.

Tal conceito restringe demais com a expressão *utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados*. Nesse sentido, seriam serviços públicos, por exemplo, o de água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois estes são fruíveis **diretamente** pelos administrados. Mas existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis **diretamente pela coletividade**. Assim é o caso dos **serviços administrativos** do Estado prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade.

Marçal Justen Filho (2010:692) adota um conceito também restritivo, vinculando a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental (o que é discutível, quando se pensa em serviços como o de navegação aérea e o de portos, dentre outros) e colocando como característica a insuscetibilidade de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa (o que também é discutível, quando se pensa que os serviços sociais, como saúde, educação, cultura, assistência, previdência são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, sem que isto impeça a livre iniciativa dos particulares para atuarem na mesma área). Diz ele que “*serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas*

diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público”.

4.1.3 EVOLUÇÃO

Antes de darmos a nossa definição, é preciso mostrar a evolução que se deu no conceito de serviço público e como, diante das dificuldades de conceituação e da sua flutuação no tempo, chegou-se a falar em “crise na noção de serviço público”.

Em suas origens, os autores, sob a influência da Escola do Serviço Público, adotavam três critérios para definir o serviço público:

1. o **subjetivo**, que considera a **pessoa jurídica** prestadora da atividade: o serviço público seria aquele prestado pelo Estado;
2. o **material**, que considera a **atividade** exercida: o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas;
3. o **formal**, que considera o **regime jurídico**: o serviço público seria aquele exercido sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Quando surgiram as primeiras noções de serviço público, era válida a combinação desses três elementos. Isso ocorreu no período do Estado liberal, em que o serviço público abrangia as **atividades de interesse geral, prestadas pelo Estado sob regime jurídico publicístico**.

No entanto, duas dissociações, pelo menos, ocorreram quanto àqueles três elementos, tal como considerados em suas origens. Em primeiro lugar, o fato de que o Estado, à medida que foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar o rol de atividades próprias, definidas como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram reservadas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços comerciais e industriais do Estado.

Paralelamente, outro fenômeno se verificou; o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, passou a delegar a sua execução a particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim (empresas públicas e sociedades de economia mista), para execução sob regime jurídico predominantemente privado.

A partir daí, dois elementos foram afetados; o elemento **subjetivo**, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público. E

o elemento **formal**, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Por essa razão, os autores passaram a falar em **crise na noção de serviço público**. Um autor francês – Louis Corail – elaborou tese de doutoramento sobre esse tema, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um dos elementos ou até mesmo dois.

Jean Rivero (1981:494) mostra que, em decorrência dessa crise, ficou menos frequente a combinação dos três elementos. Existem necessidades de interesse geral que a autoridade atende satisfatoriamente, mas que nem por isso confia a órgãos públicos; e também pode acontecer que entidades públicas, como autarquias, desempenhem atividade industrial ou comercial idêntica à das empresas privadas similares, e que não pode ser considerada serviço público, uma vez que nenhuma peculiaridade distingue o seu regime do adotado no setor privado. Há, aí, uma dissociação dos sentidos subjetivo e material. A dissociação é igualmente frequente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: os serviços comerciais e industriais do Estado são exercidos pelas empresas estatais sob regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas.

Posteriormente, especialmente a partir da década de 90, passou-se a falar, no direito brasileiro, em nova crise na noção de serviço público, pelo fato de ter ocorrido, no âmbito da União Europeia, a substituição da expressão *serviço público* por “**serviço econômico de interesse geral**”. Conforme analisado no item 1.9, na parte pertinente às transformações do Direito Administrativo, a Corte de Justiça, apegada aos princípios da ordem econômica, entende que a existência de serviços públicos exclusivos do Estado é contrária ao princípio da livre iniciativa e que a atribuição de serviços públicos a empresas estatais contraria o princípio da livre concorrência. No entanto, a Corte Europeia já retrocedeu um pouco e passou a admitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras), a imposição de **obrigações de serviço público**, especialmente a universalidade e a continuidade.

Depois disso, retrocedeu mais um pouco, ao substituir a expressão **serviço de interesse econômico geral** por **serviço de interesse geral**. Isto ocorreu porque a União Europeia evoluiu de sua posição inicial, voltada exclusivamente para fins de interesse econômico, para uma posição que abarca também os objetivos sociais.

Segundo ensinamento de Jacqueline Morand-Deville (2013:13), houve uma aproximação entre a noção de “serviço público à francesa” e a noção de “serviço de interesse econômico geral”, adotada no âmbito da União Europeia. Diz a autora que, “tendo alargado seus objetivos – estritamente econômicos na origem – acolhendo o objetivo de coesão social, o direito da União Europeia se aproximou pouco a pouco da concepção ética do serviço público”. Em outro ponto de sua obra (2013:465), a autora afirma ter ocorrido uma recíproca influência entre o direito comunitário

e o direito francês: “habitado a situações de privilégios e monopólio, os serviços públicos franceses tiveram que rapidamente respeitar as regras novas de publicidade e concorrência. O conflito se apaziguou e aproximações foram procuradas de uma parte e outra. O ‘serviço público à francesa’ adaptou-se às exigências de Bruxelas mas ele também as influenciou”. A autora nega que se deva, para imitar Bruxelas, rebatizar o serviço público de *serviço de interesse geral*.

No direito brasileiro, parte da doutrina também fala em crise no conceito de serviço público. Mas o abandono da expressão encontra óbice na Constituição, que continua a falar em serviço público em vários dispositivos, como é o caso do artigo 175.

O que vem ocorrendo é uma liberalização parcial, feita pela legislação ordinária, especialmente nas áreas de telecomunicações, energia elétrica, correios, portos, em que uma parte da atividade, atribuída constitucionalmente à União para ser exercida, por autorização, permissão ou concessão, está sendo deixada à iniciativa privada. Além disso, mesmo com relação aos serviços públicos, passou-se a admitir que a sua execução pode ser feita em regime de competição.

O fato é que os serviços públicos continuam a existir no direito brasileiro, com previsão constitucional.

4.1.4 CONCLUSÕES QUANTO AO CONCEITO

Do exposto, podem-se tirar algumas conclusões:

1. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social;
2. é o Estado, por meio da **lei**, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria;
3. daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos;
4. não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades

administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública.

No direito positivo, a expressão é utilizada ora em sentido amplo, ora em sentido restrito. Por exemplo, no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de *serviço público*, esta expressão aparece em seu sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já no artigo 175, que atribui ao poder público a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, a expressão *serviço público* é utilizada em seu sentido mais restrito.

É no sentido amplo que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção.

Daí a nossa definição de serviço público como **toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.**

Os três elementos que compõem a definição – subjetivo, material e formal – permanecem, porém, com sensíveis diferenças em relação à sua concepção original.

4.2 ELEMENTOS DA DEFINIÇÃO

4.2.1 ELEMENTO SUBJETIVO

O serviço público é sempre incumbência do Estado, conforme está expresso, aliás, no artigo 175 da Constituição Federal, e sempre depende do Poder Público (cf. Rivero, 1981:496):

1. a sua **criação** é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada;

2. a sua **gestão** também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo **diretamente** (por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou **indiretamente**, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade.

4.2.2 ELEMENTO FORMAL

O regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Para determinados tipos de serviços (não comerciais ou industriais) o regime jurídico é de direito público: nesse caso, os **agentes** são estatutários; os **bens** são públicos; as **decisões** apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e a executoriedade; a **responsabilidade** é objetiva; os **contratos** regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos de direito privado, em determinadas circunstâncias previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda.

Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum (civil e comercial), derogado, ora mais ora menos, pelo direito público. Em regra, o **pessoal** se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos servidores públicos para determinados fins; os **contratos** com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os **bens** não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a **responsabilidade**, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, § 6º, da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às **relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política** que a instituiu. Vale dizer, o **regime jurídico**, nesse caso, é **híbrido**, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas.

Segundo alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2011:679) e Marçal Justen Filho (2010:692), o serviço público é sempre prestado no regime de direito público. E, com efeito, ainda que sob certos aspectos possam ser aplicadas normas de direito privado, como exposto no parágrafo anterior, a sujeição a regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público, no sentido de que os princípios a que se submetem as entidades prestadoras de serviço público, ainda que tenham a natureza de pessoa jurídica de direito privado (como empresas estatais e concessionárias e permissionárias de serviço público), são os mesmos a que se submete a Administração Pública, como os da continuidade, isonomia entre usuários, mutabilidade, generalidade, universalidade etc.

4.2.3 ELEMENTO MATERIAL

Quanto a esse elemento, parece haver unanimidade entre os autores, quer entre os que adotam conceito mais amplo, para abranger todas as atividades do Estado, quer entre os que preferem conceito mais restrito, que só inclui a atividade administrativa. Todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público.

É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é o fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o **objetivo de interesse público** para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a **lei** atribua esse objetivo ao Estado.

Daí ser correta a afirmação de que todo **serviço público visa atender a necessidades públicas**, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público.

Rivero (1981:494) afirma que no serviço público o interesse geral é a finalidade exclusiva e extrai daí algumas consequências:

1. “o serviço público, contrariamente à empresa privada, pode muito bem funcionar **com prejuízo**. Esta é mesmo uma das suas razões de ser: incumbe-lhe satisfazer necessidades cuja não rentabilidade afasta a empresa privada. Só a pessoa pública, por meio do imposto, pode transferir dos utentes para o conjunto das coletividades o financiamento do serviço”. A gratuidade é, pois, a regra que prevalece em inúmeros serviços (ensino, assistência social, saúde); e, mesmo nos casos em que é exigida contribuição do usuário, ela pode ser inferior ao custo. Só no caso do serviço comercial e industrial é que a própria natureza da atividade exclui a gratuidade (transportes, água, energia elétrica) e a gestão tende, no mínimo, para um equilíbrio e mesmo para um lucro que permita o autofinanciamento da empresa;
2. a apreciação do que seja interesse geral é discricionária. O Poder Público pode considerar que o interesse geral exige que ele se encarregue da necessidade a satisfazer, achando-se o particular eliminado desse campo de ação, quer porque julgue que ele é ineficaz (é o caso dos serviços públicos não rentáveis), quer porque o considere perigoso (manutenção da ordem pública). Nesse caso, o serviço é **monopolizado**. Inversamente, o poder público pode deixar que o particular exerça livremente a atividade, lado a lado com a Administração Pública (caso do ensino, da ação sanitária e social), repartindo entre uns e outros a satisfação da mesma necessidade. Daí a classificação dos serviços públicos em **exclusivos** e **não exclusivos** do Estado, embora, neste último caso, se trate de serviços públicos **impróprios**, quando prestados por particulares.

4.3 A PRETENZA CRISE NA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

No item 4.1.3 já se falou em crise na noção de serviço público, ocorrida em meados do século XX, pelo fato de o serviço público nem sempre ser prestado pelo Estado e nem sempre ser prestado sob regime jurídico inteiramente público. Essa crise levou à alteração parcial no conceito de serviço público, conforme demonstrado no item 4.1.4.

Por influência do direito comunitário europeu, por sua vez influenciado pelo sistema da *common law*, volta-se a falar em crise no conceito de serviço público. Na União Europeia, a ideia de serviço público exclusivo do Estado é considerada incompatível com os princípios fundamentais da ordem econômica, quais sejam, o da liberdade de iniciativa e o da livre concorrência.

O artigo 86º do Tratado de Roma, de 1957, no item 2, determina que “as empresas encarregadas da gestão de **serviços de interesse econômico geral** ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade”.

Verifica-se que o dispositivo não fala em serviço público, mas em serviço de interesse econômico geral.

Embora de início não houvesse oposição a que os Estados-membros mantivessem os seus conceitos tradicionais de serviço público e os monopólios estatais, a partir da década de 80 houve um entendimento mais rígido, que implicou confronto com o conceito de serviço público oriundo do direito francês. A consequência foi a sucessiva liberalização e privatização dos serviços públicos tradicionais. Nas palavras de Vital Moreira (in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* n° 1, p. 236), “a liberalização implicou a abertura ao mercado de sectores anteriormente regidos em monopólio público, permitindo e fomentando o aparecimento de empresas privadas ao lado das empresas públicas. A *privatização*, que pode ser simultânea ou posterior à liberalização, traduziu-se na alienação das empresas públicas ao sector privado”.

Inclusive no direito francês, a expressão **serviço público** foi substituída por serviço de interesse econômico geral, com relação às atividades de natureza econômica, preservando-se o conceito tradicional para os serviços sociais do Estado.

Daí voltar-se a falar em nova crise na noção de serviço público.

Vital Moreira, na obra citada, p. 239-240, procurando mostrar as grandes diferenças entre os serviços públicos e os serviços de interesse econômico geral,

afirma que, “de fato, verificaram-se algumas mudanças de fundo, principalmente as seguintes:

- a) A ‘mercadorização’ dos serviços públicos, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência;
- b) A conseqüente transformação dos *utentes* de serviços públicos em *consumidores* ou *clientes*;
- c) A *liberdade de escolha de fornecedor ou prestador*, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas”.

Não se pode olvidar, contudo, que no próprio direito comunitário houve, na década de 90, um abrandamento na interpretação do referido dispositivo do Tratado de Roma, passando-se a aceitar que os Estados-membros estabelecessem *obrigações de serviço universal* e *obrigações de serviço público*, quando necessárias para o atendimento das necessidades coletivas. Dentro desse contexto é que o Tratado de Amsterdam, de 1997, acrescentou no capítulo dos princípios o artigo 16º, estabelecendo que, “sem prejuízo do disposto nos artigos 73º, 86º e 87º, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões”.

No Brasil não existe a mesma justificativa para adotar-se a conclusão de que o conceito de serviço público entrou em crise, tendendo a desaparecer, já que o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Europeia, mesmo porque a Constituição Federal continua a atribuir atividades ao poder público, com caráter de exclusividade, como ocorre, por exemplo, com o artigo 21; e continua a prever, como encargo do Estado, a prestação de serviço público, nos termos do artigo 175. Sem alterar a Constituição é muito difícil adotar a mesma orientação imposta pelo Tratado de Roma, tal como interpretado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

O que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, como ocorreu com a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-97), que, em nenhum momento, utiliza a expressão *serviço público*, preferindo falar em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito, estes últimos submetidos aos princípios constitucionais da ordem econômica, abertos à livre iniciativa e à competição.

Tenta-se acabar com os monopólios estatais (no âmbito da energia elétrica, dos correios, das telecomunicações, da exploração de minas e jazidas) e tenta-se introduzir a ideia de competição na prestação de serviços públicos. Além disso, a “mercadorização” dos serviços públicos, referida por Vital Moreira, também se verifica quando, em determinadas concessões, o critério de julgamento, na licitação, é o da maior oferta pela outorga do serviço, que acaba por onerar o usuário, com o acréscimo no valor da tarifa.

Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo que sejam desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. E atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação). Nesses casos, a atividade é prestada sob regime jurídico total ou parcialmente público, a gestão fica a cargo da própria Administração Pública direta ou indireta ou de empresas privadas que atuam sob delegação do Estado. Continuam a aplicar-se os princípios da prestação de serviços públicos. A responsabilidade rege-se por norma de direito público (art. 37, § 6º, da Constituição).

Por esse motivo, não há razão, por ora, para alterar o conceito de serviço público contido no item 4.1.4, nem os elementos da definição (subjetivo, material e formal) analisados nos itens 4.2.1 a 4.2.3.

4.4 PRINCÍPIOS

Existem determinados princípios que são inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos (cf. Rivero, 1981:501-503): o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

O princípio da **continuidade do serviço público**, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos **contratos administrativos** e ao **exercício da função pública**.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências:

1. a imposição de prazos rigorosos ao contraente;
2. a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço;
3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração (hoje abrandada, conforme demonstrado no item 8.6.7.8);
4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

Quanto ao exercício da **função pública**, constituem aplicação do princípio da continuidade, dentre outras hipóteses:

1. as normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei;
2. os institutos da substituição, suplência e delegação;
3. a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como também em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de **greve** com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.

No Brasil, o artigo 37, inciso VII, da Constituição assegura o direito de greve aos servidores públicos, nos termos e nos limites a serem estabelecidos em lei específica.²

O **princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins** autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público.

Pelo **princípio da igualdade dos usuários** perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ela faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal. A Lei de concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987, de 13-2-95) prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas “em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuário”; é o que permite, por exemplo, isenção de tarifa para idosos ou tarifas reduzidas para os usuários de menor poder aquisitivo; trata-se de aplicação do princípio da razoabilidade, tratado no item 3.3.12.

Além desses princípios, outros são mencionados na Lei nº 8.987/95 (que disciplina a concessão e a permissão de serviços públicos), cujo artigo 6º, § 1º, considera como **serviço adequado** “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

² Sobre interpretação do STF a respeito do direito de greve do servidor, v. item 13.4.5.

4.5 CLASSIFICAÇÃO

Vários critérios têm sido adotados para classificar os serviços públicos:

1. Serviços públicos **próprios** e **impróprios**.

Essa classificação foi feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa (cf. Cretella Júnior, 1980:50).

Para esses autores, serviços públicos **próprios** são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa **diretamente** (por meio de seus agentes) ou **indiretamente** (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos **impróprios** são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele **autorizados, regulamentados e fiscalizados**; eles correspondem a atividades privadas e recebem **impropriamente** o nome de **serviços públicos**, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.

Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio **não é serviço público** em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. São atividades **privadas** que dependem de autorização do Poder Público; são **impropriamente** chamadas, por alguns autores, de **serviços públicos autorizados**.

Hely Lopes Meirelles (2003:385) dá o exemplo dos serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos e de residências. Ele diz que não constituem atividades públicas típicas, mas os denomina de **serviços públicos autorizados**.

Essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria a sua desconsideração: inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada **particular** e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral.

É interessante observar que Hely Lopes Meirelles (2003:321) adota essa classificação, mas lhe imprime sentido diverso do original. Para ele,

serviços públicos **próprios** “são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares”. Serviços públicos **impróprios** “são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários”.

O que o autor considera fundamental é o tipo de interesse atendido, **essencial** ou **não essencial** da coletividade, combinado com o **sujeito** que o exerce; no primeiro caso, só as entidades públicas; no segundo, as entidades públicas e também as de direito privado, mediante delegação.

2. Quanto ao **objeto**, os serviços públicos podem ser **administrativos**, **comerciais** ou **industriais** e **sociais**.

Serviços **administrativos** “são os que a Administração Pública executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza” (cf. Hely Lopes Meirelles, 2003:321).

A expressão é equívoca porque também costuma ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas, distinguindo-as da legislativa e jurisdicional (cf. Cretella Júnior, 1980:59) e ainda para indicar os serviços que não são usufruídos **diretamente** pela comunidade, ou seja, no mesmo sentido de serviço público *uti universi*, adiante referido. Além disso, abrange as atividades-meio, nem sempre inseridas no conceito de serviço público em sentido técnico preciso, conforme lição de Odete Medauar (2007:313).

Serviço público **comercial** ou **industrial** é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. Ao contrário do que diz Hely Lopes Meirelles (2003:321), entendemos que esses serviços não se confundem com aqueles a que faz referência o artigo 173 da Constituição, ou seja, não se confundem com a **atividade econômica** que só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada.

O Estado pode executar três tipos de atividade econômica:

- a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; quando o Estado a executa,

ele não está prestando serviço público (pois este só é assim considerado quando a lei o define como tal), mas intervindo no domínio econômico; está atuando na esfera de ação dos particulares e sujeita-se obrigatoriamente ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas na própria Constituição;

- b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e 177 da Constituição, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995);
- c) e uma terceira que é assumida pelo Estado como **serviço público** e que passa a ser incumbência do Poder Público; a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução **direta** pelo Estado ou **indireta**, por meio de concessão ou permissão; é o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, § 2º, da Constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; **esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.**

Serviço público **social** é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente; são tratados na Constituição no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo artigo 6º da Constituição.

3. Quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral, os serviços podem ser: *uti singuli* e *uti universi*.

Serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação **individual** e **direta** das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível **diretamente** pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, gás, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social).

Os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas **indiretamente** pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento. Quanto a este último, o STF, pela Súmula nº 670 (atual Súmula Vinculante nº 41), consagrou o entendimento de que “o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”, exatamente por não

ser usufruído *uti singuli* e não se enquadrar no conceito contido no artigo 145, II, da Constituição.

4. Caio Tácito (1975:199) faz referência a outra classificação, que divide os serviços públicos em **originários** ou **congênitos** e **derivados** ou **adquiridos**; corresponde à distinção entre atividade **essencial** do Estado (tutela do direito) e atividade **facultativa** (social, comercial e industrial do Estado).

O autor observa que “a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a **essencialidade** passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal”. Mas acrescenta que “há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais **originários** ou **congênitos**; aos últimos, de serviços estatais **derivados** ou **adquiridos**”.

5. Um último critério de classificação considera a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço; esse critério permite falar em serviços públicos **exclusivos** e **não exclusivos** do Estado.

Na Constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos **exclusivos**, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, § 2º).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante **autorização** do Poder Público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (arts. 196 e 199), previdência social (art. 202), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).

Com relação a esses serviços **não exclusivos** do Estado, pode-se dizer que são considerados **serviços públicos próprios**, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados **serviços públicos impróprios**, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos, porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.

4.6 FORMAS DE GESTÃO

Vários instrumentos de gestão de serviços públicos são previstos no direito brasileiro. O artigo 175 da Constituição estabelece que “*incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*”. O dispositivo agasalha, portanto, a concessão e a permissão de serviços públicos. No entanto, faz referência à prestação direta pelo Poder Público. Além disso, os artigos 21, XI e XII, preveem também a execução direta ou por meio de concessão, permissão ou autorização de vários serviços, como os de telecomunicações, energia elétrica, portos, navegação aérea, dentre outros. O artigo 25, § 2º, inclui na competência dos Estados-membros a exploração direta ou por meio de concessão dos serviços de gás canalizado.

Quando a Constituição fala em execução direta, tem-se que entender que abrange a execução pela *Administração Pública direta* (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela *Administração Pública indireta* referida em vários dispositivos da Constituição, em especial no artigo 37, *caput*, e que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Essas são as formas tradicionais de gestão dos serviços públicos. No entanto, outras formas foram surgindo no direito positivo brasileiro, como as parcerias público-privadas, os contratos de gestão com as organizações sociais, as franquias. Também não se pode deixar de lado os consórcios públicos e convênios de cooperação previstos no artigo 241 da Constituição.

Atualmente, as principais formas de gestão abrangem:

- a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela Lei nº 8.987, de 13-2-95;
- b) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079, de 30-12-04;
- c) o contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637, de 15-5-98.

A Administração Pública não é inteiramente livre para escolher a forma de gestão. Quando se tratar de execução por meio de entidades da Administração Indireta, há necessidade de lei, conforme artigo 37, XIX, da Constituição.

Quando se tratar de formas de gestão que impliquem a delegação a entidade privada, alguns critérios devem ser levados em consideração:

- a) para o *serviço público de natureza comercial ou industrial*, que admita a cobrança de tarifa do usuário, o instituto adequado é a concessão ou

permissão de serviço público, em sua forma tradicional, regida pela Lei nº 8.987/95, ou a concessão patrocinada; também é admissível a franquia (hoje já prevista para as atividades do correio); trata-se de formas de gestão que não podem ser utilizadas para: (1) atividades exclusivas do Estado, porque são indelegáveis por sua própria natureza; (2) serviços sociais, porque estes são prestados gratuitamente e, portanto, incompatíveis com a concessão tradicional (a menos que possam ser mantidos exclusivamente com receitas alternativas) e com a concessão patrocinada, que se caracterizam pela cobrança de tarifa dos usuários; (3) os serviços *uti universi*, não usufruíveis diretamente pelos cidadãos, como a limpeza pública, por exemplo, cuja prestação incumbe ao poder público, com verbas provenientes dos impostos;

- b) para o *serviço público de natureza comercial ou industrial*, sem cobrança de tarifa do usuário, o instituto cabível é a concessão administrativa;
- c) para os serviços sociais, são possíveis os contratos de gestão com as organizações sociais e a concessão administrativa;
- d) para qualquer tipo de serviço público é possível a gestão associada entre entes federativos, por meio de convênios de cooperação ou consórcios públicos, previstos no artigo 241 da Constituição e disciplinados pela Lei nº 11.107, de 6-4-05.