

VITOR RHEIN SCHIRATO

**“A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE
COMPETIÇÃO”**

TESE DE DOUTORADO EM DIREITO DO ESTADO,
APRESENTADA À FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO COMO EXIGÊNCIA PARCIAL
PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR EM DIREITO.

PROFESSOR ORIENTADOR

PROFESSOR ASSOCIADO FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO

MARÇO DE 2011

CAPÍTULO II

OS FUNDAMENTOS E AS CONSEQÜÊNCIAS DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO

II.1. RAZÕES DA FORMAÇÃO DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO

No capítulo anterior, objetivamos descrever o processo de formação da noção de serviço público no direito brasileiro na visão tradicional. Demonstramos o processo de transição de uma concepção bem aproximada do direito estadunidense de regulação contratual de serviços de utilidade pública para uma concepção influenciada pela Escola do Serviço Público francesa, a partir da incorporação ao direito pátrio das idéias de titularidade estatal da atividade, valorização do elemento subjetivo do serviço público e sujeição a um regime jurídico de direito público, permeado de prerrogativas e benefícios especiais.

Empreendida essa missão, devemos, agora, identificar os fundamentos que levaram a referida transição. Segundo entendemos, tais razões são diversas. Vão desde a influência teórica da Escola do Serviço Público sobre a doutrina brasileira até a busca por fundamentos jurídicos para a realização de atividades de estrito interesse do Governo Brasileiro em um determinado momento histórico.

Sendo assim, passaremos, na seqüência, a apontar as razões da formação da noção tradicional de serviço público que pudemos identificar a partir do direito positivo e da doutrina mencionados no capítulo anterior.

II.1.1. Influência da Escola do Serviço Público Francesa

Analisando-se a doutrina brasileira do direito administrativo predominante, após a década de 1940, verifica-se forte influência da doutrina da Escola do Serviço Público francesa. Enquanto autores como Ruy Barbosa, J.H. Meirelles Teixeira e Bilac Pinto são fortemente influenciados pelo direito norte-americano – e, via de conseqüência, pela jurisprudência da Suprema Corte Norte-Americana –, autores de alto prestígio nas décadas de 1940, 1950 e 1960 são fortemente influenciados pela Escola do Serviço Público francesa.

Themístocles Brandão Cavalcanti, por exemplo, cita a noção de serviços de utilidade pública do direito norte-americano (*public utilities*) deve ser incluída na noção de serviço público por ele descrita, fazendo com que tais atividades ficassem sujeitas ao *regime jurídico de direito público* propugnado pelo autor. Sobre a questão afirma:

“Mas, apesar dessas divergências da jurisprudência norte-americana, não seria, a nosso ver, errado considerar de utilidade pública, de forma genérica, todos os serviços que, de um modo geral, não estão catalogados entre os serviços essenciais do Estado, mas que se podem compreender na noção que acima demos de serviço público”.¹

Mesmo é o caminho trilhado por Ruy Cirne Lima, para quem serviços públicos e serviços de utilidade pública são expressões equivalentes, sendo conceitos formados por sua relevância à satisfação de necessidades da coletividade, o que deixa transparecer forte influência francesa, notadamente de Léon Duguit. Segundo o autor:

“Serviço público e serviço de utilidade pública são expressões que se equivalem. (...)

Nada melhor caracteriza o serviço do que essa sinonímia. Por ela se patenteia que o serviço público não tem por objeto meramente a utilidade individual e a utilidade coletiva, mas, também, a existência mesma da sociedade como um bem em si própria. Por aquela sinonímia se põe a nu, destarte, a feição distinta do serviço público. Serviço público – podemos dizer, – é todo serviço essencial relativa à sociedade ou, pelo menos num momento dado. Realiza o serviço público o bem do indivíduo e o bem do agregado, mas consiste a sua feição distintiva em que se mostra concomitantemente à existência da sociedade, bem em si mesma”.²

Essa mudança de perspectiva, do direito estadunidense para o direito francês, mostra-se bem permeada em toda a doutrina subsequente até os dias atuais, como tivemos a oportunidade de demonstrar no capítulo anterior. Nas considerações doutrinárias posteriores sobre os serviços públicos, apresentadas após a segunda metade da década de 1950, consolida-se a adoção, no direito brasileiro, dos princípios e preceitos da Escola do Serviço Público francesa. Nesse sentido, autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, em suas anotações sobre o serviço público, partem dos pressupostos franceses, sem

¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, p. 60.

² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 71.

qualquer referência ao direito norte-americano³, o que, desde então, é repetido pela doutrina brasileira.⁴

Tal influência sobre a doutrina brasileira foi, pouco a pouco, penetrando no direito positivo e na jurisprudência, fazendo com que o direito brasileiro passasse, a partir da década de 1960, a aceitar de forma predominante a noção de serviço público afrancesada⁵ que até hoje existe entre nós sem maiores questionamentos, abandonando as noções de serviços de utilidade pública e demais noções similares provenientes do direito norte-americano.

II.1.2. A Influência do Direito Italiano

Não apenas o direito francês exerceu influência sobre a construção brasileira da noção de serviço público. O direito italiano também teve seu papel na construção brasileira. Embora seja a noção de serviço público no direito italiano também influenciada pelo direito francês, há certas passagens na construção do serviço público na Itália que são aproveitadas no direito brasileiro, sobretudo a partir da década de 1960, quando autores como Caio Tácito e Celso Antônio Bandeira de Mello trazem para suas considerações determinados doutrinadores italianos da primeira metade do século XX.

Como tivemos a oportunidade de sublinhar no primeiro capítulo, a noção de serviço público na Itália decorre da assunção, pelo Estado, de atividades econômicas de interesse coletivo, como os transportes, as telecomunicações, os serviços postais e o fornecimento de gás e energia elétrica⁶. Mas a assunção de tais atividades pelo Estado, no direito italiano, teve um traço que se repetiu no direito brasileiro e que não era algo imanente à noção de serviço público no direito francês⁷: a criação de uma *reserva originária ou exclusiva* da

³ Nesse sentido, confira-se: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, p. 148 e ss.

⁴ Note-se que a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES é exceção à regra. Em suas considerações sobre o serviço público, há a separação entre serviço público e serviço de utilidade pública, bem como uma considerável influência da doutrina de autores no começo do século XX. Sobre o tema, confira-se: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 316 e ss., e MEIRELLES, Hely Lopes. *Serviço Público - Telefonia*, in *Estudos e Pareceres de Direito Público*, vol. VI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 186-187.

⁵ A expressão “*serviço público afrancesado*” é de Carlos Ari SUNDFELD, Cf. *A Administração Pública na Era do Direito Global*, in _____ / VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *O Direito na Era Global*, São Paulo: Max Lemonad, 1999, p. 161.

⁶ SORACE, Domenico. *Estado y Servicios Públicos*, p. 27-31.

⁷ Vale reiterar que a definição de serviço público apresentada por Léon DUGUIT não trazia a exclusividade estatal como característica necessárias, mas apenas trazia o dever de o Estado *garantir* a atividade Cf. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. II, p. 61.

atividade em favor do Estado. Vale dizer, no direito italiano, quando se instaura a noção de serviço público, opera-se uma tomada da atividade com exclusividade pelo Estado, interditando o acesso de particulares.⁸

Nesse sentido se coloca a observação de Sabino Cassese fazendo referência à construção histórica da noção de serviço público:

*“O regime tradicional dos serviços públicos é caracterizado por dois elementos. O primeiro é a reserva originária ou exclusiva e produz o efeito de privar todos os sujeitos da legitimação de assumir a qualidade de empreendedores nos setores ‘reservados’. O regime de reserva, consolidado – como notado anteriormente – no primeiro quarto do século XX, encontrou, depois de algumas décadas, uma consagração no artigo 43 da Constituição, os qual submeteu a reserva originária a uma reserva legal, em decorrência do qual empresas ou categorias de empresas podem ser ‘reservadas originariamente’ apenas com aprovação legislativa”.*⁹

Assim, a reserva de mercado criada no Brasil com a instituição da noção de serviço público sobre alguns setores da economia de interesse coletivo (como o setor elétrico, o setor de transportes e o setor de telecomunicações) teve influência muito maior do direito italiano do que do direito francês, eis que a reserva originária de atividades econômicas desse jaez em favor do Estado ou de seu delegatário é uma construção primariamente italiana, ao invés de francesa.¹⁰

Demais disso, o direito italiano teve outra influência significativa sobre o direito brasileiro na delimitação da noção de serviço público para as atividades *uti singuli*, como pode se depreender da obra de Caio Tácito¹¹, para quem os serviços públicos são apenas aqueles *uti singoli*. No direito francês, tal como exposto de modo breve no Capítulo I, a noção de serviço público é muito ampla, abrangendo não apenas atividades de caráter econômico, como também diversas outras atividades estatais prestadas a uma generalidade de indivíduos indistintamente.

Em contrapartida, no direito italiano, a partir da obra de Renato Alessi, nos serviços públicos haveria *relação jurídica* entre Estado e utente. Segundo o autor, há uma bilateralidade na relação jurídica desses serviços, de tal forma que à noção de serviço

⁸ Cf. ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo, tomo II*, Barcelona: BOSCH, 1970, tradução B.P.P, p. 366.

⁹ CASSESE, Sabino. *La Nuova Costituzione Economica*, p. 84 (tradução nossa).

¹⁰ A esse tema retornaremos no tópico V.4.3.

¹¹ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 200-201.

público seria inerente a fruição individualizada, existente apenas nos serviços públicos *uti singuli*¹². Desse modo, no direito italiano, a noção de serviço público diferencia-se da noção das demais atividades administrativas pelo fato de que o primeiro seria oferecido a indivíduos definidos e as segundas seriam oferecidas indistintamente a toda a coletividade (são os chamados serviços *uti universi*).

No direito brasileiro, no processo de desenvolvimento e consolidação da noção de serviço público, ela ficou restrita aos serviços públicos *uti singuli*, permanecendo os serviços *uti universi* para o campo de outras atividades estatais não classificáveis como serviços públicos. Além de Caio Tácito¹³, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ apresenta forte influência da caracterização *uti singuli* dos serviços públicos, pois a definição de serviço público apresentada pelo autor menciona serem referidas atividades *fruíveis individualmente pelo cidadão*, excluindo de sua definição os serviços *uti universi*.

II.1.3. Interesses Governamentais

Outro elemento a influenciar a origem e a consolidação da noção de serviço público no Brasil foi o plexo de interesses do Governo Federal a partir de fins da década de 1930, quando o Estado brasileiro resolveu iniciar um longo e profundo processo de intervenção direta na economia, capitaneando o desenvolvimento nacional, em alinhamento à tendência verificada em diversos outros países na mesma época.

Como ensina Luís Roberto Barroso:

“O inchamento do Estado brasileiro é um processo contínuo, de muitas décadas. A atuação econômica do Estado, no Brasil, começa no século passado, na década de 40, sob a inspiração da substituição das importações. Com uma iniciativa privada frágil, a economia era impulsionada pelo Estado. Esta década assistiu à criação das primeiras grandes empresas estatais, a Companhia

¹² Cf. ALESSI, Renato. *Le Prestazioni Amministrative rese ai Privati*, Milão: Giuffrè, 1956, p. 1-12.

¹³ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*, p. 200-201.

¹⁴ O conceito de serviço público apresentado pelo autor (*“serviço público é toda atividade de oferecimento material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”*, cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 634) menciona as atividades fruíveis *singularmente*, o que demonstra a restrição do autor da noção de serviço público àqueles *uti singuli*.

Siderúrgica Nacional, a Fábrica Nacional de Motores, a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco”.¹⁵

Há, no plano político-econômico, uma significativa mudança de postura da ação do Estado brasileiro. Um profundo nacionalismo – típico do pensamento da época –, aliado à necessidade de que o Estado dirigisse e promovesse o desenvolvimento, levaram à repulsa ao capital estrangeiro então presente nos então chamados serviços de utilidade pública e à demanda por maior controle do Estado sobre determinadas atividades econômicas.

Como se pode depreender do relatório da comissão nomeada¹⁶ por Francisco Campos, o principal objetivo do governo ao procurar elaborar um novo marco jurídico para as concessões de serviços públicos era o de conferir ao Estado maior controle sobre as atividades concedidas, já que a regulação contratual vigente no cenário da época não vinha apresentando resultados satisfatórios.

Como anotou Odilon Braga, as concessões dos chamados *serviços de utilidade pública* deixavam muito a desejar, pois o contrato, pela natureza jurídica de direito privado, não conferia ao poder público os poderes necessários para o adequado controle da atividade. Era necessário adotar-se o sistema de concessões existente para portos e ferrovias, tão influenciados pelos modelos europeus, em especial pelo modelo francês.¹⁷

A adoção do modelo europeu que pressupunha a propriedade pública e a existência de amplos poderes ao Estado para o controle da atividade concedida mostrava-se um instrumento útil para o avanço interventivo do Estado sobre o domínio econômico propugnado à época. A necessidade da retomada do controle sobre determinados setores da economia, em especial do setor elétrico ressaltado por Odilon Braga¹⁸, tornou a noção afrancesada de serviço público um instrumento muito útil de consecução dos objetivos e interesses do Governo Federal.

Themístocles Brandão Cavalcanti, procurador geral da República na década de 1940¹⁹, afirmava que o Estado poderia, em relação aos serviços industriais de relevante

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e Regulação no Brasil e nos EUA*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 88.

¹⁶ A comissão ora mencionada é aquela descrita no capítulo anterior constituída com o objetivo de propor um projeto de lei nacional das concessões de serviços públicos, cujas conclusões foram relatadas por Odilon BRAGA na obra *Serviços Públicos Concedidos*.

¹⁷ Cf. BRAGA, Odilon. *Serviços Públicos Concedidos*, p. 93-95.

¹⁸ BRAGA, Odilon. *Serviços Públicos Concedidos*, p. 93.

¹⁹ Informação constante da primeira edição da obra *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, de 1945,

interesse coletivo, dispor sobre a atividade e *avocar para si a competência para sua prestação*. Segundo o autor, embora a atividade também possa ser explorada por empresas particulares, a finalidade de obtenção de lucro destas poderia obstar o alcance das finalidades públicas imperativas ao Estado, de tal forma que é lícito a ele assumir a atividade, prescindindo do lucro e fazendo realizar as finalidades que lhe são impostas. É claro e subjacente à idéia do autor um incentivo a que o Estado assumira os serviços públicos industriais.²⁰

Esse entendimento foi o supedâneo jurídico para que o Estado, a partir da década de 1940, iniciasse um vultuoso processo de nacionalização dos serviços de transporte ferroviário²¹ e dos serviços de energia elétrica, com a criação de empresas estatais atuantes nos setores e por meio da aquisição, forçosa ou consensual, de empresas privadas detentoras de concessões. Tal processo viria a ser consolidado e concluído em meados da década de 1970 e incluiria, também, outros serviços públicos como os serviços de telecomunicações e os de abastecimento de água e coleta de esgoto.²² Exemplo disso é a criação, em 1945, por meio do Decreto-Lei nº. 8.031, de 3 de outubro, da Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco – CHESF, à qual seria transferida a incumbência de desenvolver a atividade de geração de energia elétrica na região nordeste do Brasil.

Em decorrência do exposto, verifica-se que a noção de serviço público como atividade estatal exclusiva, sujeita a um regime jurídico especial de direito público, teve um relevante papel na apresentação dos fundamentos jurídicos para a encampação, pelo Estado, da prestação de diversos serviços públicos e para os processos de nacionalização e estatização²³ realizados a partir da década de 1940, inclusive, o principal introdutor e

²⁰ Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 230-231.

²¹ O próprio Themístocles Brandão CAVALCANTI apresenta a seguinte nota sobre os serviços de transporte ferroviário na década de 1940: “Entre nós, se a tendência não tem sido esta [estatização], havendo ótimas estradas de ferro particulares, no entretanto, numerosos têm sido os casos de encampação a que foi obrigado o Governo Federal sob pressão de condições financeiras mais do que deficitárias das empresas. Outras, embora se mantendo, recorrem a favores e auxílios oficiais para não caírem em completo descrédito”. In *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 244.

²² Uma das últimas privadas do setor elétrico a ser nacionalizada foi a São Paulo Power and Light Company, empresa de origem canadense que recebeu a concessão para a exploração dos serviços de eletricidade na Cidade de São Paulo no início do século XX por meio de decreto do então Presidente Campos Salles por um prazo de 70 anos e permaneceu privada até 1979, quando foi nacionalizada e integrada ao Grupo Eletrobrás, completando a estatização das empresas mais relevantes do setor elétrico brasileiro.

²³ A distinção aqui apresentada entre nacionalização e estatização decorre do fato de que não apenas os serviços federais foram estatizados, como também serviços locais. Exemplo disso é a encampação, em 1940, pela Prefeitura do Município de São Paulo, dos serviços de transporte coletivo de passageiros por bondes, até então explorados pela já citada São Paulo Power and Light Company e transferidos para a Companhia Municipal de Transportes Coletivos – CMTC.

defensor, no direito brasileiro, da noção de serviço público à francesa ocupava cargo de procurador da República, sendo o responsável por auxiliar e dar fundamento jurídico às ações do Governo Federal.

II.1.4. A Necessidade de Explicação Jurídica para Situações de Fato

Adicionalmente à utilização da noção de serviço público, na linha francesa, para fundamentação jurídica das ações que de interesse do Governo Federal, a mesma noção também é utilizada para explicar situações de fato existentes à época, com relação ao desenvolvimento de certas atividades pelo Estado. Ou seja, a noção de serviço público permitiu sustentar juridicamente o exercício de determinadas atividades econômicas pelo Estado.

Note-se que não há a mesma ocorrência mencionada no tópico precedente. Lá, a noção de serviço público surge como fundamento de uma política pública de estatização de determinados setores da economia. Nesta hipótese, a noção de serviço público emerge como *explicação jurídica* do empreendimento, pelo Estado, de algumas atividades econômicas, nos casos de questionamentos de legalidade apresentados em função da proteção do direito de livre iniciativa previsto na Constituição.

Exemplo dessa realidade é a discussão, muito comum na década de 1930, da *municipalização dos serviços de abatedouros públicos*. Essa atividade, nas primeiras décadas do século passado, foi em diversos casos assumida pelos Municípios, de tal forma que apenas carnes provenientes de matadouros públicos ou de matadouros concedidos pelas municipalidades poderiam ser comercializadas. Com isso, houve sensível restrição ao direito de livre iniciativa na atividade de abate e comercialização de carne bovina.

O fundamento direto da constituição da atividade de operação e manutenção de abatedouros públicos como serviços públicos era, conforme mencionado pelo Poder Público, a necessidade de controle da adequação sanitária da atividade de abate de gado, com o propósito de assegurar que doenças relacionadas ao consumo de carne fossem

evitadas²⁴. Em paralelo, havia também uma razão econômica de controle dos preços da carne comercializada.²⁵

Durante a década de 1930, a municipalização dos serviços de abatedouros públicos foi questionada judicialmente pelas empresas (quase sempre estrangeiras) que exploravam a atividade de abate e comércio de carne bovina, sob a alegação de supressão indevida da livre iniciativa. Pretendiam referidas empresas que fosse extinta a exclusividade municipal no abate de gados, para que (i) houvesse matadouros privados ou (ii) fosse possível a importação, de outros municípios, de carne bovina destinada ao abate.

Na mais célebre das discussões, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o Recurso Extraordinário nº. 3.172, proposto em face da Prefeitura do Município de São Paulo pela Sociedade Anônima Frigorífico Anglo, no qual a recorrente impugnava a constitucionalidade do Ato Legislativo Municipal nº. 1.526, de 6 de janeiro de 1939, por meio do qual foi municipalizado o serviço de abate de gado, em razão de possível violação ao artigo 25 da Constituição Federal de 1937, que dispunha sobre a livre circulação de bens e mercadorias.

Nas razões da recorrente, preparadas pelo então diretor jurídico do Município de São Paulo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, há a alegação de que a atividade de abate de gado se constitui em atividade essencial, com enorme relevância para o interesse público, donde se justificaria a instituição de serviço público, com exploração exclusiva pelo Município. No texto das razões, afirmava o jurista:

“O monopólio, portanto, exercido pela PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, relativo ao serviço de matança é absolutamente constitucional e está perfeitamente de acordo com a sua tradição governamental.

E esse monopólio é exercido no interesse público. Isso se explica porque, sendo o serviço de abastecimento de carnes à população uma coisa que diz muito de perto à questão da saúde pública, deve ser cuidada de modo mais completo e mesmo todo e qualquer interesse individual. É pois natural o Município chame a si a exploração da matança do gado que deve ser distribuído ao consumo local, porque ele pode, melhor que ninguém, controlar a qualidade e a sanidade do produto a ser consumido, bem como a normalização dos seus preços em bases

²⁴ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Municipalização de Serviços Públicos*, Contra-Razões de Recurso Extraordinário Interposto pela Prefeitura Municipal de São Paulo, São Paulo: Publicação da Prefeitura Municipal de São Paulo, 1939, p. 60-63.

²⁵ Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Municipalização de Serviços Públicos*, p. 63.

*razoáveis, impedindo abusos dos ‘trusts’ e facilitando, desse modo, ao público a aquisição desse gênero de primeira necessidade”.*²⁶

Na linha de argumentação desenvolvida, verifica-se a invocação da noção de serviço público em seus caracteres objetivo (atividade essencial à coletividade) e subjetivo (explorado direta e exclusivamente pelo Estado), para justificar a exploração de uma determinada atividade econômica pelo poder público. Embora não haja menção direta à Escola do Serviço Público francesa, há nítida compatibilidade entre os argumentos demonstrados e os preceitos de referida escola. Com isso, verifica-se o uso da noção de serviço público como elemento jurídico justificador da ação estatal no domínio econômico, o que foi aceito pela jurisprudência da época.

A argumentação desenvolvida pela Prefeitura de São Paulo foi aceita por unanimidade pelo Supremo Tribunal Federal. Em acórdão relatado pelo Ministro José Linhares, o recurso extraordinário foi julgado improcedente, mantendo-se a constitucionalidade do ato municipal. Em essência, o fundamento do acórdão consistiu na derrogação de direitos individuais em prol do interesse público, justificando-se a monopolização da atividade como forma de atendimento do interesse público pelo Município.²⁷

Destarte, pode-se verificar que a construção do serviço público como atividade estatal exclusiva, além de ter sido utilizada como fundamento para a inauguração de uma política pública de controle e nacionalização dos serviços públicos, também foi instrumento valioso para a justificação da exploração, pelo Estado, de atividades econômicas em contraste com o direito de livre iniciativa consagrado na Constituição Federal. Não obstante, verifica-se que o objetivo primário em ambos os casos é exatamente o mesmo: assumir a exploração de uma determinada atividade econômica considerada de relevante interesse coletivo utilizando a noção de serviço público.²⁸

²⁶ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Municipalização de Serviços Públicos*, p. 63.

²⁷ Veja-se, por exemplo, nesse sentido, o voto do Ministro Eduardo Espínola, ao afirmar que “*o ato legislativo atendeu ao interesse público sem ferir o direito individual*”.

²⁸ Nesse ponto reafirma-se a aproximação do direito brasileiro mais ao direito italiano do que ao direito francês. Enquanto no último o desenvolvimento da noção de serviço público está relacionado a outras questões que não apenas a legitimação estatal para o desempenho de certa atividade, no direito italiano a noção de serviço público serve de fundamento para a exploração de atividades de interesse coletivo com exclusividade pelo Estado, como se demonstrou ser o caso brasileiro.

II.1.5. Concepções Ideológicas

Além de todos os elementos de influência descritos, ainda subjaz à noção de serviço público construída no Brasil uma forte concepção ideológica do que deva ser o Estado, do que deva constituir seu âmbito de atuação e de quais os seus limites. É dizer, além da forte influência do direito estrangeiro (principalmente o direito francês e o direito italiano) e das circunstâncias de fato que fizeram do serviço público um instrumento a implementar políticas governamentais, a noção de serviço público, no Brasil, foi sobremaneira influenciada por concepções ideológicas provenientes da doutrina e muitas vezes repetidas na jurisprudência.

Como observa Alexandre Santos de Aragão:

“Não há dúvidas que o tema dos serviços públicos, por ser diretamente relacionado às funções que o Estado deve desempenhar no domínio social e econômico, constitui campo fértil para o debate ideológico. (...).

*A ideologização do estudo dos serviços públicos possui dois riscos opostos, a depender da ideologia do intérprete: os liberais tendem a ver os serviços públicos, na melhor das hipóteses, como um mal necessário, sendo bem vindos todos os mecanismos que liberalizem o setor e/ou nele instaurem a concorrência, que, por si só, como a ‘mão invisível do mercado’, traria benefícios para toda a coletividade; para os juristas com perfil mais social, os serviços públicos são precipuamente um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais, incumbindo ao Estado assegurá-los a qualquer custo, devendo as preocupações com a racionalidade econômica das atividades serem deixadas em segundo plano diante de qualquer inovação de exigências da ‘dignidade da pessoa humana’”.*²⁹

Portanto, é imperativo, na análise da noção jurídica de serviço público, ter-se em mente que esta sempre foi e sempre estará sujeita a influências de posições ideológicas dos intérpretes do direito. No direito brasileiro, verifica-se a presença de tais influências na concepção de serviço em diversos pontos, tais como a amplitude da noção e o regime jurídico sobre ela incidente. Daí resultam diversas concepções do que venha a ser serviço público e dos seus limites e regime jurídico, tal como se pôde verificar no Capítulo I.

II.1.6. A Necessidade de Utilização de Bens Públicos e Privados

O último dos elementos com relação direta à formação da noção de serviço público é a *necessidade de utilização de bens públicos e privados* para a prestação de referido serviço. Com frequência, a prestação da maior parte dos serviços públicos demanda a

²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*, p. 17.

utilização de enorme gama de bens públicos (sobretudo as vias públicas) e de bens privados, que devem ser sujeitos a desapropriações e servidões administrativas.

Segundo a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto, uma das classes de uso dos bens públicos é o *uso específico administrativo*. Segundo o autor:

“Caracteriza tal uso o fato de que ele é franqueado apenas aos agentes do Estado ou quem lhe faça as vezes, no exercício de uma função administrativa, exclusiva ou não exclusiva do Estado, da qual os administrados (toda a coletividade ou apenas parcela dela) só serão beneficiários indiretos”.³⁰

Em razão da necessidade de habilitação especial para a utilização dos bens públicos subjacentes à prestação dos serviços (agente do Estado ou alguém que lhe faça as vezes) e de autorização especial para conduzir processos de desapropriação e instituição de servidões administrativas, perpassa a idéia de que apenas o Estado ou alguém por ele designado pode prestar os serviços públicos. Vale dizer, o caráter público da atividade decorre, também, da necessidade de uso especial de bens públicos e da condução de processos de desapropriação e instituição de servidões administrativas.

No direito estrangeiro, pode-se mencionar o pensamento de Georg Hermes. Segundo o professor da Universidade de Frankfurt am Main, a responsabilidade estatal de prestação dos serviços de infra-estrutura não só decorre da necessidade de uso especial de bens públicos, mas também da necessidade de desapropriar e instituir servidões sobre bens particulares.³¹

Entre nós, Rui Barbosa³², Mário Masagão³³ e José Cretella Júnior³⁴ asseveram os direitos de utilização do domínio público e de desapropriação e instituição de servidões de bens particulares como caracterizadores do *privilégio de exclusividade* inerente aos serviços públicos. Portanto, nessa visão, a necessidade especial do uso de bens públicos e particulares presente nos serviços públicos seria um dos elementos formadores da noção, sobretudo para fundamentar o caráter de exclusividade que se impinge a tais serviços.

³⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 409.

³¹ HERMES, Georg. *Versorgungssicherheit und Infrastrukturverantwortung des Staates, in Staatlicher und europäischer Umweltschutz im Widerstreit, Umweltrechtstage 2001*, Ministerium für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes NRW, Düsseldorf: 2001, p. 29-30.

³² Cf. BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, p. 25.

³³ Cf. MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, p. 271.

³⁴ Cf. CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 427-428.

Conforme se verá no Capítulo V adiante, trata-se da influência da noção de *monopólio natural*³⁵ na constituição dos serviços públicos. Isso ocorre, pois, segundo as correntes doutrinárias mencionadas, apenas o Estado poderia ser capaz de explorar atividades que demandam o uso exclusivo e rival de bens públicos³⁶, de tal forma que, além do enorme interesse público subjacente à atividade, haveria o monopólio do uso de bens públicos como elemento influente na constituição da noção de serviços públicos.

Percebe-se, assim, que a noção de serviço público também é amoldada como uma atividade privativa do Estado e prestada em regime de exclusividade por ser necessária a utilização de bens públicos que não podem ser duplicados ou não admitiam o compartilhamento por diversos agentes e a outorga de prerrogativas especiais de desapropriação e instituição de servidões administrativas aos agentes prestadores.

II.1.7. Breve Conclusão Parcial

Ao lume do exposto até este momento, verifica-se não haver apenas um fundamento para a construção da noção de serviço público como hoje se encontra no direito brasileiro. Há um conjunto de fatores entrelaçados, incidindo na formação e na consolidação da noção de serviço público. Em um primeiro momento, há uma influência do direito estrangeiro. Na seqüência, há sua utilização para fundamentar juridicamente determinadas ações estatais em curso ou a serem implementadas, ao que vai se agregando, cada vez com maior intensidade, concepções político-ideológicas. Enfim, as próprias características das diversas atividades erigidas a serviços públicos vêm a reforçar os elementos integrantes de sua noção.

II.2. AS CONSEQÜÊNCIAS DA NOÇÃO TRADICIONAL DE SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL

Uma vez demonstrados os fundamentos que influenciaram a concepção de serviço público hoje difundida, cabe-nos analisar os efeitos de tal formação. Não basta identificar por que os serviços públicos são considerados como o são hoje. É necessário identificar, do

³⁵ Para os fins desta tese, a noção de monopólio natural coloca-se em razão da impossibilidade de duplicação das infra-estruturas do serviço em decorrência do uso exclusivo e rival de bens públicos que não podem ser duplicados (como as vias públicas, por exemplo). Os principais contornos e conseqüências dos monopólios naturais serão analisados no Capítulo V adiante.

³⁶ A noção de bens exclusivos e rivais é uma noção econômica, segundo a qual um determinado bem não possa ser usado por qualquer pessoa quando usado por outra. Assim, o uso de bens públicos para a instalação das redes de suporte dos serviços públicos seria um uso exclusivo e rival. Sobre o tema, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Bens Públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*, p. 44 e ss.

ponto de vista jurídico, os resultados da configuração impingida ao longo do tempo aos serviços públicos.

Segundo nossa visão, há três conseqüências diretas: um apego ao elemento orgânico ou subjetivo, a leitura da Constituição a partir da doutrina e a construção dos serviços públicos como prerrogativas do Estado. Passemos, assim, à breve análise de cada uma delas.

II.2.1. O Apego ao Elemento Subjetivo ou Orgânico e a Noção de Titularidade Estatal

Tendo em vista que a noção de serviço público, numa visão histórica, foi utilizada para fundamentar, do ponto de vista jurídico, a assunção, pelo Estado, de determinadas atividades econômicas de interesse coletivo, o conceito de serviço público sempre esteve relacionado com a presença do Estado, fazendo emergir com relevo o elemento orgânico ou subjetivo do serviço público.

Embora o elemento material da atividade (sua direta relação na satisfação de necessidades coletivas) sempre tenha sido relevante para a constituição de um serviço público no direito brasileiro, a presença do Estado e sua exclusividade seria um elemento essencial do serviço público. Seja em decorrência da necessidade de fundamentação de ações administrativas, seja por conta de influências do direito estrangeiro, seja, ainda, em decorrência de influências sócio-econômicas, são os serviços públicos colocados como atividades privativas e exclusivas do Estado.

Com isso, é recorrente o entendimento de que uma atividade não exclusiva, ou coexistente em dualidade de regimes, deixa de ser serviço público, passando a ser “serviço público virtual” ou “serviço público impróprio”³⁷. A essência do serviço público residiria em sua exploração pelo Estado ou de forma exclusiva por quem receba uma delegação do Estado, com sujeição ao regime de direito público, prenhe de prerrogativas e privilégios.

A titularidade estatal é aventada, neste sentido, como um dos elementos definidores dos serviços públicos e corresponderia a uma *publicatio* da atividade, vista como o elemento a permitir que a atividade apenas seja desempenhada pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, interditando-se aos particulares o direito de explorar a mesma atividade

³⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 215-216.

ou outra concorrente do ponto de vista material³⁸. É dizer, como consequência do histórico e das influências sobre a noção de serviço público, a titularidade estatal da atividade é associada a uma restrição inerente ao direito da livre iniciativa, pois é mecanismo por meio do qual só determinados agentes específicos podem acessar as atividades consideradas serviços públicos, com base em títulos jurídicos habilitantes especiais.

Destarte, uma atividade, por constituir serviço público, estaria excluída da livre iniciativa por ser por ter no Estado seu titular. E a consequência imediata dessa construção é a exploração exclusiva da atividade pelo Estado ou por seus delegatários, sob o regime jurídico de direito público, antagônico a mecanismos de mercado.

Ademais, parte-se do pressuposto de que todas as atividades que sejam consideradas serviços públicos estão submetidas a um mesmo e único regime jurídico e de que o grau de restrição ao direito fundamental à livre iniciativa presente em todas as referidas atividades é o mesmo, o que não nos parece adequado no atual contexto constitucional. Trata-se de mais uma manifestação da noção de *supremacia do interesse público sobre o particular*, que será analisada mais adiante com maior cuidado.³⁹

Os elementos que levam à formação da noção de serviço público mencionados levam a um apreço muito grande pela presença do Estado e por restrições ao exercício da atividade, em detrimento do aspecto essencial dos serviços públicos consistente em seu caráter finalístico. Há uma pré-definição de prevalência de interesses e uma uniformização de coisas não uniformes, o que nos parece equivocado.

II.2.2. A Interpretação da Constituição segundo a Doutrina

Ultimando, em estrita consonância com que mencionamos e antecipando discussão que sucederá, a construção da noção de serviço público no Brasil faz com que o artigo 175 da Constituição Federal e todas as normas do direito positivo regentes dos serviços

³⁸ A noção de *publicatio* é vista como uma atividade *exclusiva do Estado*, de tal forma que a titularidade estatal associada aos serviços públicos predique, de forma necessária, a sujeição da atividade a um regime de exclusividade estatal. Sobre o tema, confira-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, 151-153.

³⁹ Antecipando discussão que será aprofundada, cabe trazer à baila a seguinte colocação de Gustavo BINENBOJM: “*todas as aludidas desigualdades entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais. (...) a preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público*”. Cf. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo Paradigma para o Direito Administrativo*, Revista de Direito Administrativo nº. 239, janeiro/março, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

públicos sejam lidos com o acréscimo de letras que não existem. É dizer, a noção de serviço público com os caracteres acima mencionados é algo tão arraigado na prática jurídica brasileira que se insiste em dizer decorrer da Constituição e do direito infraconstitucional um regime jurídico que neles não está contido.

Pode até ser que, em um determinado momento histórico, o regime jurídico aventado pela doutrina para os serviços públicos tenha encontrado alguma ressonância no direito positivo⁴⁰. Contudo, nos dias atuais, após todas as reformas e todas as transformações por que passou o direito administrativo brasileiro nos últimos 20 anos, não há mais como se sustentar que o regime jurídico dos serviços públicos seja delineado de forma idêntica àquela proposta há mais de cinquenta anos. Muito menos se pode afirmar que o regime jurídico dos serviços públicos seja único.

Tornou-se corriqueira a afirmação de que o regime de direito público e a titularidade estatal (compreendida como prestação exclusiva), inerentes aos serviços públicos, são decorrentes do disposto no artigo 175 da Constituição Federal e das diversas normas infraconstitucionais aplicáveis a tais serviços. Com isso, a doutrina retira do aplicador do direito a missão de recorrer ao direito positivo para analisar, em cada caso, qual o regime jurídico aplicável a um serviço público, pois tal regime é previamente estabelecido e delineado.

Para Jacques Chevallier, os serviços públicos tornaram-se uma espécie de *mito*, uma imagem⁴¹. Embora o autor teça seus comentários acerca do direito administrativo francês, suas colocações são aplicáveis ao direito brasileiro. Sendo mito, não poderia estar o serviço público sujeito ao direito positivo, eis que seu conteúdo jurídico precede as normas constitucionais e legais.

Percebe-se que a construção histórica da noção de serviço público faz com que até hoje os aplicadores do direito leiam o conteúdo do direito positivo dele extraindo termos que não estão expressos. O *caput* do artigo 175 da Constituição Federal determina incumbir ao poder público a prestação dos serviços públicos. Não menciona a existência de um regime jurídico próprio, nem muito menos fixa uma titularidade estatal demarcadora de uma exclusividade. Mais ainda, referido artigo remete à lei a disciplina detalhada dos

⁴⁰ É o que nos parece ser o caso da legislação regente dos serviços postais contida na Lei nº. 6.538, de 22 de junho de 1978, que será analisada no capítulo V adiante.

⁴¹ Cf. CHEVALLIER, Jacque. *Le Service Public*, p. 3.

serviços públicos, sem qualquer menção a uma lei única, orgânica ou geral. De tal constatação decorre que o regime jurídico de um serviço público deva ser aquele compreendido na lei específica e não em letra não escrita da Constituição Federal.

A força das construções ideológicas do serviço público é tamanha que se pretende que o texto constitucional seja interpretado a partir de concepções doutrinárias, quando a realidade – parece-nos – deveria ser o exato contrário. Tal como exporemos com a detença necessária ao longo deste trabalho, nem a Constituição, nem tampouco outras normas do direito positivo refletem os caracteres do serviço público definidos pela doutrina. Pode até haver a aceitação de um ou outro ponto, mas a integralidade da noção como ela é idealizada (ou mitificada) existe apenas nos livros de direito administrativo.

II.2.3. Serviço Público como Prerrogativa Estatal e não como Obrigação

Um último ponto que nos parece digno de menção é a formação na doutrina e com fortes reflexos na jurisprudência de um conjunto de prerrogativas públicas e não de um conjunto de direitos dos cidadãos. Das construções descritas nos tópicos anteriores pode-se depreender a criação de um arcabouço que faz do serviço público uma prerrogativa estatal, ao invés de uma obrigação do Estado em face dos cidadãos. Os motivos de nossa afirmação são evidentes. Por tradição, a menção doutrinária à existência dos serviços públicos vem permeada de termos como “prerrogativas”, “sujeições”, “reservas”, “exclusividade”, “monopólio”, entre outros que criam benefícios para o Estado sem, necessariamente, criar benefícios para os cidadãos.

A noção do regime jurídico especial dos serviços públicos, entre nós difundida por Themístocles Brandão Cavalcanti, gravita em torno da concessão de benefícios à sua prestação⁴², isentando o poder público prestador – ou, conforme a legislação vigente, até mesmo seus delegatários – da obrigação de pagar tributos, e em torno da garantia de existência, em favor do Estado, de prerrogativas especiais, tais como modificar a forma de gestão e prestação do serviço a qualquer tempo, oferecer sacrifícios à propriedade privada etc.

Na mesma senda, as garantias do serviço público, inerentes a seu regime jurídico, segundo Ruy Cirne Lima⁴³, colocam os serviços públicos como infensos a processos de

⁴² Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, p. 55.

⁴³ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 70.

execução patrimonial e interferência pública ou privada, adicionalmente aos benefícios fiscais mencionados acima. Com isso, mais uma gama de prerrogativas e benefícios é criada com relação aos serviços públicos.

O tal regime jurídico administrativo mencionado por Celso Antônio Bandeira de Mello confere ao Estado um enorme plexo de prerrogativas em consequência da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado*⁴⁴, que, como adiante se verá com detença, nada mais faz senão colocar à disposição do Estado um enorme instrumentário de poderes nem sempre acompanhado de deveres, na medida em que o próprio Estado ditará qual é o interesse público supremo.

Como se disse, a lição do autor congrega os aspectos de autoridade e serviência da administração pública. Contudo, por conta de sua construção, sempre prevalecerá o da autoridade, consubstanciado em prerrogativas que, não raro, lesam o interesse público efetivo. Embora o autor declare o serviço público como dever inafastável do Estado⁴⁵, em grande medida sua construção propicia que a atividade crie uma série de benefícios ao Estado sem uma necessária contraprestação ao cidadão.

Por fim, a concepção dos serviços públicos como atividades bloqueadoras da livre iniciativa – seja em decorrência do regime jurídico dos serviços públicos, seja da titularidade estatal da atividade, seja da existência de atividades econômicas em sentido estrito e em sentido amplo – cria em favor do Estado uma exclusividade, porque importa o exercício de uma atividade sem concorrentes. Tal cenário faz com que o Estado possa atuar de forma exclusiva em um mercado pleno de prerrogativas, o que, ao fim do dia, leva, de forma invariável, a ineficiências e desrespeitos aos direitos dos cidadãos.

Cria-se uma relação verticalizada entre Estado e cidadão, na qual os cidadãos são obrigados a consumir serviços públicos prestados em regime de exclusividade por um Estado pleno de prerrogativas e poderes esteados em concepções doutrinárias projetadas sobre formulações desprovidas de maior concreção e vinculação com a realidade, como a supremacia do interesse público sobre o particular e a separação das atividades econômicas entre as de sentido amplo e as de sentido estrito.

⁴⁴ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 85-86.

⁴⁵ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 640.

Em que pese ser bem verdade que a pretensão de criação de um regime jurídico dos serviços públicos⁴⁶ tenha tido o objetivo de assegurar o efetivo alcance de suas finalidades – ou seja, a satisfação de direitos dos cidadãos – sua formulação no direito brasileiro teve efeito reverso: criou mecanismos para o Estado ser ineficiente e cheio de prerrogativas que não são condizentes com o conteúdo garantístico da Constituição Federal, o que se verá com a detença necessária nos capítulos que seguirão neste trabalho.

⁴⁶ Mencionamos aqui pretensão em razão da impossibilidade de se falar em um único regime jurídico para os serviços públicos, tal como demonstraremos ao longo deste trabalho.