

Breve comentário sobre as concepções de serviço público

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

Sumário: Introdução; 1. Concepções de serviço público; 1.1. Concepção amplíssima; 1.2 Concepção ampla; 1.3 Concepção restrita e restritíssima; 2. O regime jurídico como diferenciador em relação às atividades privadas; 3. Conclusão.

Palavras-chave: concepções. serviço público. atividade privada. regime jurídico.

Introdução

A discussão sobre a natureza jurídica das atividades econômicas e a compreensão das diversas concepções existentes sobre serviço público inicia-se com a interpretação de dois dispositivos constitucionais aparentemente conflitantes.

O art. 175 da CRFB/88 estabelece a incumbência de o Poder Público prestar, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, serviços públicos.

Esse artigo teria retirado do âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência algumas atividades, caracterizando-as como serviço público. A Constituição, portanto, teria adotado duas sistemáticas distintas para a exploração dos chamados recursos escassos. Ambas são caracterizadas como atividade econômica, possuindo os serviços públicos regime jurídico distinto das atividades econômicas em sentido estrito. Entretanto, o art. 21 da CRFB/88, ao fixar as competências da União, estabeleceu que ela poderia explorar algumas atividades, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, *verbis*:

Art. 21. Compete à União:

[...]

XII - **explorar**, diretamente ou **mediante autorização**, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;
- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (grifos nossos)

A figura da autorização não está prevista no art. 175 como forma de outorga para a prestação de serviços públicos. Surge desse ponto a questão sobre a natureza jurídica dos serviços prestados mediante autorização. Seriam atividades econômicas em sentido estrito, exploradas sob regime privado, ou teria o art. 21 estabelecido uma terceira forma de outorga para a prestação de serviços públicos? Poderia o Poder Público prestar atividades orientadas pela livre iniciativa e livre concorrência?

O art. 173 da Carta Magna dispõe que:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

De acordo com o enunciado normativo acima, o Estado pode prestar serviços sob regime privado, desde que esteja previsto na Constituição, ou em lei ordinária – nesse último caso justificada sua criação para atender à segurança nacional ou à relevante interesse coletivo.

O art. 21 não explicita quais atividades nele listadas são serviços públicos e quais não o são. Apenas menciona “serviços” em tom genérico.

Analisando os diversos dispositivos constitucionais que tratam da atividade prestacional do Estado, observa-se que a expressão “serviço” é adotada para designar as mais diversas formas de atuação estatal, sendo possível detectar variações ao longo do texto constitucional como: serviços essenciais, serviços de relevância pública, serviço público, serviços públicos,

serviços públicos em geral.¹

Diante dessa ausência de uniformidade terminológica no texto da Constituição da República, a construção de um conceito de serviço público torna-se imprescindível para determinar a natureza jurídica dos serviços enumerados no artigo 21, da CRFB/88, e desse modo extrair dela consequências jurídicas para o regime a ser-lhes aplicado.

1. Concepções de serviço público

No entanto, conceituar serviço público não é tarefa fácil. Alexandre Aragão identifica na doutrina quatro concepções de serviço público: amplíssima, ampla, restrita e restritíssima. A opção por uma ou outra concepção tem influência sobre a conclusão de qual regime jurídico deva ser aplicado na exploração das atividades listadas no artigo 21 da CRFB/88.²

1.1. Concepção amplíssima

A concepção amplíssima, desenvolvida por Léon Duguit, equipara o serviço público a todas as atividades desenvolvidas pelo Estado, não importando a existência ou ausência de cunho econômico, se são prestacionais ou não. Duguit fundamenta a própria existência do Estado na prestação de serviços públicos.³ Porém, para a solução das questões postas, uma noção tão ampla não é adequada, pois, além de não ser operacional, o ordenamento pátrio claramente não a adotou. Explica-se. Ao buscarmos definir serviço público queremos determinar características particulares que o diferenciam das demais atividades exercidas pelo Poder Público, para que possamos extrair consequências jurídicas específicas para aquelas atividade

¹ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 132-144.

² *Ibidem*, pp. 144-149.

³ Nas palavras de Duguit: “*La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public. Assurément cette notion n'est pas nouvelle. Du jour même où sous l'action de causes très diverses, dont l'étude n'est point à faire ici, s'est formée la distinction entre gouvernants et gouvernés, la notion de service public est née dans l'esprit des hommes*”. DUGUIT, Léon. *Les transformations du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 33. Tradução livre: “A noção de serviço público substituiu o conceito de soberania como fundamento do direito público. Certamente essa noção não é nova. A partir do momento em que surgiu a distinção entre governantes e governados, sob a ação das mais diversas causas, cujo estudo não se fará aqui, nasceu no espírito dos homens a noção de serviço público”.

enquadradas no seu conceito.

Uma noção deixa ser operacional a partir do momento que, em razão de sua amplitude, passa a abarcar fenômenos de matizes (regimes jurídicos e atividades) tão diversas que se torna inviável, ou muito difícil, a extração de efeitos comuns a todos eles. Fenômenos distintos devem, portanto, serem dissociados em categorias diversas em prol da clareza conceitual, conforme defende Humberto Bergmann Ávila ao analisar a distinção entre princípios e regras:

Fácil de ver que não se está, aqui, a exaltar uma mera exigência analítica de dissociar apenas para separar. A forma como as categorias são denominadas pelo intérprete é secundária. A necessidade de distinção não surge em razão da existência de diversas denominações para numerosas categorias. Ela decorre, em vez disso, da necessidade de diferentes designações para diversos fenômenos. Não se trata, pois, de uma distinção meramente terminológica, mas de uma exigência de clareza conceitual: quando existem várias espécies de exames no plano concreto, é aconselhável que elas também sejam qualificadas de modo distinto.⁴

Essa noção amplíssima de serviço público não se adequa à Constituição da República brasileira, uma vez que o próprio art. 173 dispõe que o Poder Público pode prestar, sob determinadas condições, atividades econômicas em sentido estrito, ou seja, não definidas como serviço público.

1.2. Concepção ampla

Uma concepção menos abrangente de serviço público relaciona-o apenas às atividades prestacionais do Estado, ou seja, aquelas voltadas para a promoção de utilidades e comodidades às pessoas, independentemente de serem cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade estatal exclusiva. Vincula-se, nessa concepção, serviço público à noção de atividade econômica em sentido amplo. É considerada ainda ampla por abarcar os serviços públicos econômicos (remuneráveis por taxa ou tarifa), sociais (prestados pelo Estado, mas também livremente pela iniciativa privada) e os serviços *uti universi*, i.e., prestados de forma indivisível aos beneficiários. Essa noção é mais limitada em relação à anterior, pois exclui da noção de serviço público as atividades estatais de polícia administrativa, voltadas para a restrição da esfera de

⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

liberdade individual, e de fomento, que visam incentivar a livre iniciativa a atuar de acordo com o interesse público⁵. Entretanto, do ponto de vista operacional, essa concepção ainda é inadequada, pois coloca dentre do mesmo conjunto serviços *uti singuli* (econômicos e sociais) e *uti universi* cujas grandes diferenças nas características de prestação e na regulamentação incidente sobre eles não formam uma base uniforme para a extração de efeitos jurídicos comuns a todos.

1.3. Concepções restrita e restritíssima

A concepção restrita de serviço público não inclui os serviços *uti universi*, e.g, segurança pública, restando, portanto, os serviços públicos econômicos e sociais, ou seja, atividades prestacionais cuja fruição possa ser individualizada e quantificada.

Por fim, suprimindo os serviços sociais da noção de serviço público temos a concepção restritíssima, que contempla apenas as atividades econômicas de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada tão-somente mediante concessão ou permissão⁶.

Dentre as quatro concepções expostas, Alexandre Aragão adota a terceira, considerando serviço público as atividades econômicas de titularidade estatal exclusiva e as que são titularizadas concomitantemente pelo Estado e pela iniciativa privada (serviços sociais). Sua escolha baseia-se na consideração de que uma concepção ampla não teria muita utilidade, porque simplesmente abrangeria fenômenos idênticos, falhando o conceito no seu objetivo de sistematização, "já que para cada fenômeno haveria apenas um conceito". De acordo com o autor, "o conceito deve, outrossim,

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 148.

⁶ *Ibidem*, p. 149. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao elaborar parecer sobre o regime jurídico dos terminais de uso privativo misto, defende que a autorização também serve para a delegação da prestação de serviços públicos, *verbis*: "Isto significa que, embora o instrumento de outorga seja a *autorização*, a atividade ainda é tratada como serviço público explorado no regime de direito público, bem semelhante ao da concessão. Isto, provavelmente, foi feito à vista do disposto no artigo 21, XII, da Constituição, que dá o elenco das atividades que podem ser exploradas diretamente pela União, ou mediante concessão, permissão ou autorização. Seria, no caso, a chamada *autorização de serviço público*". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer datado de janeiro de 2007 e juntado pela Embraport S/A na ADPF n.º 139, fl. 1.519 dos autos.

contemplar o maior número possível de fenômenos distintos que possuam em comum um regime jurídico mínimo significativo".⁷

Os pontos comuns identificáveis entre os serviços sociais e os serviços públicos econômicos são: sujeição, em maior ou menor grau, à legislação consumerista; especificidade e divisibilidade; geração de direitos subjetivos individuais. Eles se distinguem basicamente pela natureza do encargo do Estado, que nos serviços sociais deve ser cumprido sem reserva de titularidade. A consequência disso é que a autorização para a exploração desses serviços fundamenta-se no poder geral de polícia administrativa, não constituindo delegação pelo poder público.

2. O regime jurídico como diferenciador em relação às atividades privadas

Grande parte da doutrina, no entanto, interpretando o art. 175 da CRFB/88 adota a concepção restritíssima de serviço público, considerando-o apenas as atividades titularizadas pelo Estado e somente prestadas pela iniciativa privada mediante delegação.⁸

Os defensores dessa concepção entendem que somente são serviço público os setores reservados exclusivamente ao Estado. A supressão dos serviços sociais do conceito de serviço público tem por consequência explicar a submissão desses serviços ao regime público, quando prestado pelo Estado, e ao regime privado, quando prestado por particulares. Essa conclusão parte da premissa de que não devem ser caracterizados como serviços públicos aqueles prestados sob regime de direito privado.

Aragão discorda desse entendimento, expondo que:

[...] a grande consequência da caracterização dessas atividades como serviços públicos quando prestadas pelo Estado é excluí-las da vedação de concorrência desleal do Estado com a iniciativa privada prescrita no art. 173, §§1º e 2º, da Constituição Federal, aplicável apenas às atividades econômicas exploradas pelo Estado que não sejam qualificáveis como serviço público.⁹

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 156.

⁸ *Ibidem*, p. 183.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 188.

É a partir dessa concepção ampla de serviço público que o autor formula um conceito que considera ser o mais operacional:

[S]erviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por ser delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.¹⁰

Demonstrando a sutileza da controvérsia acerca dos elementos que compõe o conceito de serviço público, trazemos a definição de Celso Antônio Bandeira de Melo, que apesar de adotar a concepção dita restritíssima, aproxima-se da exposta por Aragão em alguns pontos:

Em nosso Curso de Direito Administrativo definimos serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à 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 às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo.¹¹

Outro problema com o qual usualmente o jurista se depara é a distinção entre serviços públicos e algumas formas de atividades econômicas em sentido estrito com características similares.

Há atividades econômicas em sentido estrito desempenhadas pelo Estado em regime de monopólio que se distinguem dos serviços públicos por não estarem ligadas diretamente ao bem-estar da coletividade, mas sim, como identifica Aragão, a razões fiscais, estratégicas ou econômicas. O interesse social, o objetivo de atendimento direto de necessidades ou utilidades públicas, contidos na prestação dos serviços públicos, são as características que os diferenciam dessas atividades exploradas sob monopólio.

3. Conclusão

Percebe-se que esses elementos de distinção possuem um elevado grau de abstração e subjetividade na sua compreensão, como, por exemplo, interesse social, cuja flexibilidade na sua definição abre campo para um

¹⁰ Ibidem, p. 157.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer elaborado em São Paulo, 17/12/2007, e juntado na ADPF n.º 139, fl. 222 dos autos.

debate cujas opções por uma ou outra solução revelam uma percepção político social particular do seu defensor. Portanto, se o intérprete possuir uma visão econômica mais liberal, tenderá a restringir o que compreende ser interesse social ou utilidades públicas. Por outro lado, aqueles a favor de uma intervenção estatal mais ativa na economia buscarão definir de modo mais amplo esses conceitos indeterminados, aumentando o campo de incidência das atividades titularizadas pelo Poder Público. O fato é que a visão do que deveria ser ou não serviço público reflete de algum modo uma escolha política sobre a concepção do papel do Estado na economia.

Nas palavras de Dinorá Musetti Grotti:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em dado tempo histórico.¹²

Os conceitos expostos sobre serviço público, portanto, trabalham com maior ou menor ênfase sobre alguns elementos que, dependendo da sua amplitude, são essenciais ou não à concepção desenvolvida. Mas em todos eles identifica-se um elemento essencial comum, qual seja, o fato de a prestação do serviço público tratar-se de um dever do Estado, exercido diretamente por ele ou mediante delegação a particulares. Outros elementos que podem ser extraídos são: regime jurídico público; atividade econômica prestacional; finalidade de promoção do bem-estar coletivo ou de direitos fundamentais; titularidade estatal exclusiva.

Referência bibliográfica

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 188. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25.

¹² GROTTI, Dinorá. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer elaborado em São Paulo, 17/12/2007, e juntado na ADPF n.º 139, fl. 224 dos autos.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio de. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 200-201.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer elaborado em São Paulo, 17/12/2007, e juntado na ADPF n.º 139, fl. 222 dos autos.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer datado de janeiro de 2007 e juntado pela Embraport S/A na ADPF n.º 139, fl. 1.519 dos autos.

DUGUIT, Léon. *Les transformation du droit public*. Paris: Librairie Armand Colin, 1913, p. 33.

GROTTI, Dinorá Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87 apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer elaborado em São Paulo, 17/12/2007, e juntado na ADPF n.º 139, fl. 224 dos autos.