



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Escola de Direito de Brasília - EDB
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

**PROPOSTA DE UM CONCEITO NORMATIVO CONSTITUCIONAL
DE SERVIÇO PÚBLICO**

Alexandre Sampaio Botta

Brasília

2019



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
Escola de Direito de Brasília - EDB
Mestrado Acadêmico em Direito Constitucional

**PROPOSTA DE UM CONCEITO NORMATIVO CONSTITUCIONAL
DE SERVIÇO PÚBLICO**

Alexandre Sampaio Botta

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Bachur.

Brasília

2019

ALEXANDRE SAMPAIO BOTTA

**PROPOSTA DE UM CONCEITO NORMATIVO CONSTITUCIONAL
DE SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

19 de dezembro de 2019

BANCA EXAMINADORA

Prof. João Paulo Bachur
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof.^a Marilda de Paula Silveira
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Daniel Gustavo Falcão P. dos Reis
Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho tem como problema de pesquisa a proposição de um conceito normativo constitucional de serviço público. Para tanto, inicialmente, são apresentadas as concepções de serviço público na doutrina. Nessa parte, são discutidas as principais teorias originárias da Escola do Serviço Público francesa e os critérios subjetivo, material e formal, utilizados para conceituar o instituto. São comentadas as crises da noção de serviço público, os conceitos adotados na doutrina brasileira e as classificações e princípios dos serviços públicos. Em seguida, entra-se no conceito de serviço público na Constituição Federal. Nessa parte, primeiro, são demonstradas as normas constitucionais do serviço público, pelos seus aspectos da abrangência, competência, ordem econômica e ordem social. Depois, são salientados os elementos da titularidade, regime jurídico e previsão legal, interpretados em face do texto constitucional. Na sequência, é proposto o conceito normativo de serviço público, objetivo principal do trabalho. Por último, são retratados alguns aspectos do novo papel do Estado e sua relação com o conceito proposto. Como parte final, aborda-se o serviço público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por meio do relato de seus principais julgados e análise crítica.

Palavras-Chave: Serviço Público, Conceito, Constituição Federal, Escola do Serviço Público

ABSTRACT

The present work has as research problem the proposition of a constitutional normative concept of public service. To do so, initially, the concepts of public service are presented in the doctrine. In this part, the main theories originating from the French School of Public Service and the subjective, material and formal criteria used to conceptualize the institute are discussed. The crises of the notion of public service, the concepts adopted in Brazilian doctrine and the classifications and principles of public services are commented. Then comes the concept of public service in the Federal Constitution. In this part, first, the constitutional norms of public service are demonstrated by their aspects of comprehensiveness, competence, economic order and social order. Then, the elements of ownership, legal regime and legal provision, interpreted considering the constitutional text, are highlighted. Next, the normative concept of public service, the main objective of the work, is proposed. Finally, some aspects of the new role of the state and its relation to the proposed concept are portrayed. As a final part, we approach the public service in the jurisprudence of the Supreme Court, through the report of its main judgments and critical analysis.

Keywords: Public Service, Concept, Federal Constitution, School of Public Service

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	07
2. CONCEPÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO NA DOCTRINA	11
2.1. Considerações iniciais	11
2.2. Noções teóricas de Serviço Público	12
2.2.1. A Escola Francesa do Serviço Público	12
2.2.2. As noções na <i>commow law</i> e na União Europeia	18
2.3. O conceito de Serviço Público a partir dos critérios subjetivo, material ou objetivo e formal	21
2.4. As crises da noção de Serviço Público	25
2.5. O conceito de Serviço Público na doutrina brasileira	30
2.6. Classificações e princípios dos Serviços Públicos	33
3. O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	40
3.1. Considerações iniciais	40
3.2. Normas constitucionais do Serviço Público: abrangência, competência, ordem econômica e ordem social	40
3.2.1. Abrangência	41
3.2.2. Competência	43
3.2.3. Ordem econômica	44
3.2.4. Ordem social	50
3.3. Elementos fundamentais para a construção do conceito de Serviço Público: titularidade, regime jurídico e previsão legal	52
3.3.1. Titularidade do Serviço Público	52
3.3.2. Regime jurídico do Serviço Público	63
3.3.3. Previsão legal do Serviço Público	72
3.4. Conceito proposto de Serviço Público a partir da Constituição Federal	74
3.5. O novo papel do Estado e o conceito de Serviço Público	84
4. O SERVIÇO PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	96
4.1. Considerações iniciais	96
4.2. Principais julgados comentados	97
4.3. Análise crítica da jurisprudência do STF	110
5. CONCLUSÕES	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1. Introdução

O tema do serviço público sempre se revelou controvertido na doutrina, com várias teorias e conceitos desenvolvidos sobre ele. Tratado como instituição política e jurídica, o serviço público se relaciona com as escolhas de cada povo em relação às funções do Estado na vida coletiva. As sociedades reconhecem, em cada tempo e lugar, a relevância de determinadas atividades como fatores essenciais de integração social. O Estado passa a se comportar, em relação a essas atividades, como agente interventor, no sentido de garantir sua efetiva prestação e satisfazer as necessidades identificadas.

Uma dificuldade recorrente no estudo do serviço público é a sua interdisciplinaridade. O assunto é estudado não apenas pelo Direito, mas também por outras áreas, como a ciência política, a sociologia e a economia. Apesar dessa abrangência, na seara da pesquisa dogmática, o importante é que o tema seja considerado à luz das normas e instituições jurídicas. Nesse sentido, o serviço público possui um vasto campo de investigações dentro da ciência do Direito.

Cada sociedade cria suas normas para dizer o que é serviço público em sua ordem interna. Em essência, o que essas normas definem é como as atividades existentes serão repartidas entre o Estado e os particulares, atribuindo-lhes espaços próprios de atuação. As atividades enquadradas na ordem jurídica como serviço público podem se modificar no tempo, acompanhando a evolução social e as decisões políticas. Nesse sentido, novas atividades podem se tornar serviço público, bem como antigas deixar de sê-lo.

As principais teorias do serviço público surgiram e se desenvolveram na França, influenciando diversos países da família da *civil law*, incluindo o Brasil. Constituíram elas a base do direito administrativo. A noção de serviço público se consolidou a partir de três grandes concepções, denominadas de subjetiva, material e formal. A concepção subjetiva se concentra nos órgãos ou na estrutura do Estado responsáveis pela prestação dos serviços. A concepção material, na natureza das atividades, ou na relevância da prestação dos serviços para atender necessidades de interesse geral. E a concepção formal, no regime jurídico, caracterizado por normas especiais distintas do direito comum. Embora a complexidade atual do tema seja maior, é fundamental que se tenha conhecimento dessas concepções ou critérios tradicionais, caracterizadores dos serviços públicos desde o surgimento das primeiras teorias.

Sempre houve dificuldades em se uniformizar o conceito de serviço público a partir das referidas concepções, fossem elas consideradas de modo isolado ou combinado. A evolução do tempo, marcada por sucessivas transformações nas funções do Estado, fez surgir variadas

questões reveladoras da insuficiência dos conceitos teóricos de serviço público baseados nas concepções tradicionais, como as seguintes: apenas o Estado deve ter o poder de organizar e prestar os serviços públicos, ou ele pode ser assumido por agentes privados? os serviços públicos existem pela sua própria essência, ou eles necessariamente precisam estar definidos em norma? O regime jurídico de prestação dos serviços públicos deve ser exclusivamente de direito público ou se pode admitir normas de direito privado?

Vários fenômenos ocorreram em relação à época em que formulados os primeiros conceitos de serviço público (início do século XX), como a ampliação e diversificação da organização do Estado, a assunção, pelo Poder Público, de novas funções que antes não lhe eram afetas, e o crescimento da participação privada nos domínios econômico e social e nas parcerias com o Estado, entre outros. Essas transformações costumam ser abordadas nas chamadas primeira e segunda crises da noção de serviço público. Tais realidades exigiram que a doutrina passasse a reavaliar permanentemente o conceito de serviço público, uma vez que as concepções tradicionais não mais eram suficientes para explicar o instituto como foram na origem.

Face a essa constatação, em que a conceituação de serviço público, do ponto de vista teórico, revela uma série de problemas, alguns incontornáveis, uma alternativa viável para se conceituar serviço público é a partir do Direito positivo, ou seja, pela utilização de um critério normativo. Como se sabe, a dogmática jurídica deve se vincular ao ordenamento e às normas vigentes. Nesse sentido é que se encontra a proposta deste trabalho, que será a de obter um conceito de serviço público não a partir da doutrina, mas a partir das normas da Constituição Federal. A proposta de extrair um conceito constitucional de serviço público encontra-se alinhada, portanto, ao campo da dogmática jurídica.

Poder-se-ia perguntar por que buscar na Constituição um conceito de serviço público. Deve-se ressaltar que mesmo um conceito constitucional não deixará de ser um conceito relativo, já que circunscrito a uma norma vigente em dado tempo e local, que não somente pode ser modificada, como eventualmente até substituída. Conforme já visto, a pretensão de encontrar um conceito absoluto ou imutável de serviço público se desfez mesmo com as teorias doutrinárias mais importantes da escola francesa, importadas e adaptadas à realidade brasileira. O que justifica encontrar um conceito a partir das normas constitucionais é o fato de a Constituição brasileira contemplar diversos dispositivos que tratam dos serviços públicos, além de ser a norma de vértice do ordenamento jurídico.

A Constituição Brasileira concilia normas compromissórias com normas de caráter liberal, buscando harmonizar interesses públicos e privados. As várias referências que a

Constituição faz ao serviço público permitem afirmar que ela atribuiu uma importância ímpar ao instituto, estabelecendo para o Estado um dever em relação à sua organização e prestação. O art. 175, por exemplo, estabelece como incumbência do Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, enquanto outros artigos tratam das espécies de serviço público, econômicos e sociais, com a repartição de competências entre os entes federativos.

Diante dessa contextualização, chega-se ao problema de pesquisa deste trabalho, **que consiste na avaliação e construção de um conceito de serviço público a partir das normas constitucionais**, tendo em vista que as concepções teóricas e doutrinárias tradicionais, formadoras da base do direito administrativo, por si sós, parecem ser insuficientes para esse intento. Em outras palavras, o problema de pesquisa reside em verificar **se é possível extrair um núcleo constitucional do serviço público**, ou seja, caracterizá-lo normativamente, tendo por critério a Constituição Federal.

A busca por um conceito normativo de serviço público não significa desconsiderar as teorias e desenvolvimentos doutrinários elaborados sobre o tema. Ao contrário. Como metodologia a ser aplicada neste trabalho, analisaremos os aspectos mais relevantes da teoria dos serviços públicos, porém interpretando-os à luz dos dispositivos constitucionais. Utilizaremos essa técnica, por exemplo, para delimitar a abrangência dos serviços públicos no texto constitucional, a partir da escolha de um critério classificatório oriundo da doutrina e sua aplicação à Constituição. O mesmo faremos com as noções teóricas de titularidade, regime jurídico e previsão legal dos serviços públicos.

Observa-se que o problema de pesquisa proposto possui natureza jurídico-dogmática. Nesse sentido, envolverá primeiro a compreensão do serviço público pelas vertentes teórica e doutrinária, para em seguida serem analisadas as normas constitucionais. O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os serviços públicos será também objeto do trabalho. Embora o foco preferencial da dissertação seja a construção do conceito normativo de serviço público, há uma complementaridade dele com as exposições da teoria básica e da jurisprudência relativas ao tema.

Como hipótese inicial, entendemos que a Constituição Federal contempla em suas normas a categoria dos serviços públicos, ou, em outras palavras, um núcleo constitucional do serviço público, sendo possível, por um esforço hermenêutico, obter a partir do texto constitucional um conceito normativo de serviço público. Deve-se frisar que, ao adotar esse escopo, está-se restringindo o conceito a ser elaborado à realidade da Constituição do Brasil.

Como método de pesquisa, será utilizada principalmente a pesquisa bibliográfica, abrangendo obras de referência, artigos científicos e teses sobre o assunto. Do mesmo modo, serão feitas incursões na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O desenvolvimento do trabalho terá partes descritivas e partes críticas. Serão privilegiadas a clareza e coerência do texto.

Em suma, pretende-se com esta pesquisa demonstrar o valor do serviço público, como instituição jurídica, no direito brasileiro, sobretudo pela ótica da norma mais relevante do ordenamento, que é a Constituição Federal. Sem deixar, no entanto, de incorporar às análises um conjunto de tendências transformadoras que vem ocorrendo na legislação infraconstitucional, onde novos institutos e normas modificam com cada vez maior frequência as funções e responsabilidades da atuação do Estado e da iniciativa privada. O tema, portanto, é de grande atualidade para o presente e futuro do direito administrativo.

Além da introdução e da conclusão, este trabalho está estruturado em três capítulos.

No Capítulo 2, trataremos das concepções de serviço público na doutrina. Primeiro, será realizada uma análise das principais teorias da Escola do Serviço Público, de origem francesa, e como elas influenciaram a consolidação do tema no direito administrativo brasileiro, bem como uma comparação dos serviços públicos a partir dos sistemas da *commow law* e do direito da União Europeia. Em seguida, serão apresentados o conceito de serviço público a partir dos critérios subjetivo, material e formal, as crises da noção de serviço público e os conceitos adotados pela doutrina brasileira. Por fim, serão mostradas as classificações e princípios dos serviços públicos.

No Capítulo 3, trataremos do conceito de serviço público na Constituição Federal. No início, serão identificadas as normas constitucionais dos serviços públicos, para fim de sistematização. A abordagem será dividida em quatro partes: abrangência, competência, ordem econômica e ordem social. Na sequência, serão discutidos os principais aspectos sobre titularidade, regime jurídico e previsão legal dos serviços públicos, com o objetivo de estruturar a construção posterior do conceito. Em seguida, será respondido o problema de pesquisa, por meio da proposição de um conceito normativo constitucional de serviço público. Por fim, será analisado o novo papel do Estado e sua relação com o conceito construído.

No Capítulo 4, trataremos do serviço público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão comentados os principais julgados da Corte sobre o tema e realizada sua análise crítica.

2. Concepções de Serviço Público na doutrina

2.1. Considerações iniciais

O estudo dos serviços públicos é de fundamental importância para a compreensão do direito público e, em particular, do direito administrativo. É um dos institutos jurídicos que mais provocaram na doutrina e na jurisprudência, entre teóricos e aplicadores do Direito, discussões e divergências conceituais. Não é sem motivo que até hoje não se chegou a um consenso plenamente satisfatório de seu conteúdo. Devido à sua natureza e função, que alcança tanto o Direito quanto a Política, qualquer tentativa de lhe dar uma definição universal e absoluta pode se revelar infrutífera.

A complexidade quanto à obtenção de um conceito para o instituto provavelmente deriva do fato de o serviço público guardar estreita relação com as funções do Estado, ou, melhor dizendo, com o que cada sociedade, em determinada época, define politicamente como atribuição do Estado, segregando-a da atuação reservada aos particulares. A ideia de serviço público está diretamente associada às atividades prestacionais do Estado. Como é de conhecimento, as instituições jurídicas espelham as decisões políticas observadas em sua evolução histórica. No caso dos serviços públicos, essa dependência e influência são bastante nítidas.

Na ciência jurídica, deve-se ter como preocupação principal formular conceitos que tenham fundamento no ordenamento jurídico, de modo a evitar que algumas conclusões sejam contaminadas por fatores extrajurídicos, desnaturando a essência normativa que deve orientar as construções dogmáticas¹. Nesse sentido, um modo de compreender os serviços públicos é por meio de sua identificação com as previsões contempladas na ordem jurídica de um dado país, para cada momento histórico, como em sua Constituição, leis e jurisprudência. Tal compreensão de serviço público decorre de uma visão relativista, pois nega qualquer pretensão de absolutização do conceito, ao fixá-lo como resultado de escolhas políticas.

Embora se entenda que o estudo a partir das normas positivas seja o que melhor dialoga com o conceito de serviço público, é importante conhecer as teorias doutrinárias originárias que ajudaram no desenvolvimento da noção de serviço público. Pode-se dizer que a análise conjunta e interdependente das acepções teóricas de serviço público torna mais completa a compreensão

¹ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “conceito jurídico é, por definição, um ponto terminal de princípios e regras jurídicas. É isto e só isto. Portanto, todo conceito que estiver descoincidindo com isto é uma inutilidade cabal. Dito em outras palavras, talvez ainda mais enfáticas e exatas: não será um conceito jurídico”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 13.

do instituto, possibilitando inclusive a construção de críticas à sua essência, como ocorreu nos momentos das chamadas “crises da noção de serviço público”.

As primeiras teorias sobre serviços públicos nasceram na França, pátria que reuniu características políticas tão peculiares, especialmente no início do século XX, que o desenvolvimento do tema não poderia ter encontrado melhor lugar para ocorrer do que no direito francês. Como é de conhecimento, as teorias que vieram da França, onde se consolidou primeiro o direito administrativo, influenciaram fortemente a dogmática jurídica, a legislação e a jurisprudência no Brasil.² Assim, é necessário compreendê-las antes de se analisar as feições particulares que os serviços públicos assumiram no direito brasileiro.

Este capítulo será subdividido em cinco tópicos: 2.2 - Noções teóricas de Serviço Público; 2.3 - O conceito de Serviço Público a partir dos critérios subjetivo, material ou objetivo e formal; 2.4 - As crises da noção de Serviço Público; 2.5 - O conceito de Serviço Público na doutrina brasileira; 2.6 - Classificações e princípios dos Serviços Públicos.

2.2. Noções teóricas de Serviço Público

2.2.1. A Escola Francesa do Serviço Público

A origem na França da noção de serviço público foi determinante, naquele país, para o estabelecimento de critérios informadores do direito administrativo, limites da competência da jurisdição administrativa e aplicação do regime jurídico diferenciado de direito público. Os estudiosos franceses, precursores do tema, entendiam que a razão de ser do Estado era prestar serviços públicos. Nessa época, surgiu o que se denominou de “Escola do Serviço Público”³, de cunho realista, de onde nasceram as principais teorias que propuseram as primeiras noções do instituto.⁴ Neste subtópico, serão apresentadas as ideias defendidas pelos principais teóricos do período, que ainda hoje balizam as reflexões jurídicas sobre o assunto.

O autor que mais impulsionou os estudos sobre serviços públicos na França foi Léon Duguit, fundador da Escola do Serviço Público. Conforme definição de sua lavra, serviço público “é toda atividade cujo cumprimento é assegurado, regulado e controlado pelos

² “O serviço público no Brasil expressa, em grande parte, a ideia francesa de serviço público, razão pela qual muitas das discussões existentes acerca do serviço público no Direito brasileiro reproduzem discussões que originariamente se deram (e se dão) na França e em outros países sob sua influência cultural”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

³ Chamada também de “Escola de Bordeaux”.

⁴ “Daí a afirmação de que a tarefa do administrativista se cinge à teoria dos serviços públicos, que o próprio Estado nada mais é senão um conjunto de serviços públicos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 19.

governantes por ser indispensável à realização da interdependência social e de tal natureza que não pode ser assumido senão pela intervenção da força governante”.⁵

Duguit assumia como ideia central que os serviços públicos seriam um fato da realidade social, cuja compreensão permitiria antever as atividades essenciais ao interesse coletivo. Não seria, pois, função do poder político, ou do Estado, criar o Direito e as normas jurídicas impositivas à coletividade, como alguns autores da época preconizavam, a exemplo de Jellinek e Jhering.⁶ Nesse sentido, Léon Duguit apresentou outra concepção, a de que o Direito não era um produto do Estado, mas uma realidade concebida internamente na sociedade, um verdadeiro dado objetivo.⁷ A obra de Duguit, embora voltada ao direito público, foi intensamente influenciada pelo pensamento sociológico e pela ideia de solidariedade.

Baseado na relevante obra de Duguit, Celso Antônio Bandeira de Mello explica a concepção de “regra de Direito” do autor francês. Para ela, o Estado não é o criador da ordem jurídica. A “regra de Direito”, independente e exterior ao Estado, é a resultante objetiva de uma situação social determinada em dado momento histórico. Duguit afasta a ideia de soberania e de “Poder Público” como origem do Direito, e a substitui pelo “serviço público” como centro de todo o direito público.⁸

Considerando a concepção de Duguit, toda a atividade estatal estaria direcionada à prestação de serviços públicos à sociedade, com o objetivo de satisfazer suas necessidades, provocadas pelas imposições da realidade que se apresentavam e se alteravam a cada momento histórico. O direito administrativo, no conceito da época, passou a ser associado ao estudo da prestação dos serviços públicos, uma vez que estes eram confundidos com a própria atividade desenvolvida pelo Estado. Além disso, a titularidade e a execução dos serviços seriam sempre exclusivas do Estado.⁹ Naquele contexto, não havia ainda qualquer menção à prestação de serviços públicos por particulares.

⁵ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2ª ed. vol. II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1923, p. 55 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 20.

⁶ Segundo Augusto Neves Dal Pozzo, a concepção de Duguit acerca do Estado e sua interdependência com o Direito inovou em relação à Escola de Direito Público Alemã, na qual estavam Jellinek e Jhering. Pelo pensamento destes últimos, não havia autoridade superior ao Estado, sendo que a autoridade pública ou o poder estatal somente seriam exercidos a partir das normas jurídicas positivadas por ele. O Estado era a única fonte do Direito. POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 57-58.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁸ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. 2ª ed. vol. II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs, 1923, p. 56 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21.

⁹ O Estado executaria os serviços públicos diretamente ou por meio de órgãos por ele criados.

Cabe ressaltar que, para Duguit, o serviço público seria o fundamento e o limite de atuação estatal, não se concebendo a possibilidade de o Estado tratar de outros assuntos, encontrando-se todo o direito administrativo adstrito à sua formulação.¹⁰

Outro importante teórico da Escola do Serviço Público foi Gaston Jèze. Na mesma linha de Duguit, Jèze também entendia que o fundamento do direito administrativo estaria centrado na noção de serviço público, cabendo a esse ramo do Direito formular regras relativas a eles. No entanto, o que difere a teoria de Jèze da elaborada por Duguit é a substituição do sociologismo deste último pela metodologia jurídica do primeiro. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Jèze, extraídas de obra de sua autoria, mencionadas por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Dizer que em determinada hipótese existe serviço público equivale a afirmar que os agentes públicos, [...], podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, [...]”.¹¹

Jèze adota uma teoria formalista de serviço público, revelando maior preocupação com os aspectos procedimentais, técnicos e jurídicos do que com a natureza sociológica das atividades. Nesse sentido, assume que o reconhecimento de um serviço público deve ter por critério a averiguação da vontade dos legisladores em relação às atividades administrativas. Preocupa-se, assim, com conceitos e definições jurídicas, ao invés de procurar um sentido substancial ou material de serviço público, como fez Duguit.¹²

O regime especial de regras jurídicas defendido pelo teórico francês era necessário para que a Administração cumprisse sua finalidade primordial, qual seja, a consecução e realização dos serviços públicos. Pelo pensamento de Jèze, estabeleceu-se “um liame entre o serviço público e as regras de direito público, especialmente concebidas para favorecer o interesse geral em detrimento do particular e possibilitar, destarte, a consecução e o desenvolvimento das atividades estatais de oferta de serviços públicos”.¹³

É importante esclarecer que, na França, berço da Escola do Serviço Público, existe a denominada dualidade de jurisdição.¹⁴ É compreensível que, na época, se tenha debatido sobre

¹⁰ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 61.

¹¹ GASTON, Jèze. Principios Generales del Derecho Administrativo. vol. II. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 4 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 29.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 30.

¹³ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 62.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello explica que há na França, como em geral no Continente Europeu, ao lado do Poder Judiciário, que se ocupa dos litígios entre os particulares, uma jurisdição administrativa, cuja função

critérios de delimitação entre os conflitos que seriam de competência da jurisdição comum e da administrativa, tendo em vista que a concepção teórica de serviço público e a jurisprudência a partir de decisões concretas encontravam-se em formação. Se tomarmos a visão de serviço público de Jèze, o critério definidor da competência administrativa seria dado pela natureza do regime jurídico de direito público definido em norma, e não pela natureza da atividade em si, se relevante ou não para a manutenção da coesão social.

Outro autor que contribuiu para os debates da época foi Roger Bonnard, que definiu direito administrativo como a parte do direito público interno a quem caberia prever e regular “as intervenções realizadas por meio da função administrativa e asseguradas pelos *serviços públicos administrativos* cujo complexo constitui o que correntemente se designa como *administração*”.¹⁵

O ponto principal da teoria de Bonnard é a ideia de função administrativa, que existiria prioritariamente para assegurar os serviços públicos. O autor trabalhou com uma visão mais orgânica de serviço público, ou seja, como o conjunto de órgãos que exerceriam funções administrativas a título principal.¹⁶ Mas o conceito de direito administrativo de Bonnard é mais restritivo que o dos demais autores, pois abarca somente as regras da função administrativa, cujo caráter é mais voltado à prática de atos executivos pela Administração, excluindo-se os normativos.¹⁷

Outro autor da Escola do Serviço Público é Louis Rolland. Para ele, uma atividade seria definida como serviço público pela submissão a três princípios: i) a continuidade ou a ininterruptibilidade da prestação; ii) o dever de igualdade, no sentido de que a atividade seja ofertada de maneira universal e equânime; e iii) a mutabilidade, ou mutação da atividade de acordo com o interesse público e o bem comum.¹⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se às chamadas “leis do serviço público”, ou “leis de Rolland”, a partir dos três princípios comuns à generalidade dos serviços públicos: i) mutabilidade; ii) continuidade; e iii) igualdade.¹⁹

principal é a de julgamento de conflitos em que o Poder Público seja parte, onde não esteja em causa a aplicação do direito privado, mas a do direito administrativo. A ideia de serviço público, portanto, foi utilizada para separar o campo das duas jurisdições. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 14.

¹⁵ BONNARD, Roger. Précis de Droit Administratif. 2ª ed. Paris: Sirey, 1935, p. 11 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 26.

¹⁶ Ao lado da função administrativa, a título principal, os órgãos participam ainda da função legislativa, com o poder regulamentar que lhes é atribuído. *Ibidem*, p. 3 *apud idem*.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 26-28.

¹⁸ KLEIN, Aline Lícia. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: funções administrativas do Estado. Aline Lícia Klein, Floriano de Azevedo Marques Neto. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82.

Cabe mencionar, neste ponto, o pensamento de outro teórico, Maurice Hauriou, que não fazia parte da Escola do Serviço Público, mas da escola institucionalista. Para Hauriou, “o poder de império deve ser mantido na posição primordial do Direito Administrativo, mas deve se reconhecer que o serviço público, apesar de estar em um segundo plano, também tem um importante papel, que é a ideia de que ele acarreta uma autolimitação objetiva do poder de império”.²⁰ Na visão de Hauriou, portanto, a expressão principal do Direito Administrativo estaria no poder de império (*puissance publique*) exercido pelo Estado. Hauriou definiu serviço público como “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado sob a perspectiva de polícia, no sentido elevado do termo”.²¹ Pode-se dizer que sua preocupação principal foi com os aspectos organizacionais e institucionais do poder, sem deixar de enfatizar que esse mesmo poder deveria se moldar às exigências e interesses do serviço público.

Releva notar que o pensamento expressado pelos teóricos da Escola do Serviço Público se contrapõe às ideias dos institucionalistas, quando se trata de justificar a existência de um regime jurídico especial para os serviços públicos no direito francês. Para os primeiros, a legitimidade do poder soberano somente se justificaria em função dos serviços públicos, enquanto que, para os institucionalistas, a soberania seria em si um poder jurídico, e a prestação de serviços públicos pelo Estado uma das manifestações desse poder.²² O que estava em discussão, em essência, era o fundamento da atuação do Estado, se deveria centrar-se no poder e na soberania, ou nas necessidades coletivas a serem supridas pelos serviços públicos. Apesar das divergências, constata-se que a Escola do Serviço Público foi determinante para a delimitação do direito administrativo e para a definição do alcance da jurisdição administrativa²³, além do regime de direito público, tendo influenciado as construções jurídicas

²⁰ HARIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Paris: Sirey, 1933, p. XIV *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83.

²¹ HAURIOU, Maurice, *ibidem*, p. 64 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de, *ibidem*, p. 84.

²² “No seu Manual de direito constitucional, Duguit afirma que os governantes têm que empregar a força para possibilitar os serviços públicos. O Estado não é mais uma mera vontade de exercício de poder, poder de comando ou soberania, mas sim uma cooperação de serviços públicos organizados pelos governantes. É pela ideia de serviço público que gravita a ideia de Estado moderno. A noção de serviço público, enfim, substitui a ideia de soberania como centro de justificação do poder do Estado”. KLEIN, Aline Lícia. *Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: funções administrativas do Estado*. Aline Lícia Klein, Floriano de Azevedo Marques Neto. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²³ De acordo com o professor francês Jacques Chevallier, o problema que se colocava aos juristas era de natureza prática, de identificar um critério que permitisse “a delimitação do campo de aplicação das regras de direito administrativo e da competência do juiz administrativo, levando em conta as novas formas de intervenção pública”. CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 28.

de países como o Brasil e os paradigmas do Estado Social surgido na segunda metade do século XX.

Deve-se consignar que as teorias da Escola do Serviço Público foram desenvolvidas dentro de um contexto sócio-político e histórico bem definido, e numa específica localidade, a França.²⁴ Tal observação é determinante, uma vez que as instituições jurídicas não ficam alheias às circunstâncias e mudanças que se operam na vida de uma sociedade. Essas teorias surgiram quase cem anos depois do marco da Revolução Francesa e da passagem do estado absolutista para o liberal.²⁵ No início do século XX, contudo, a realidade que se impunha era bem distinta, e a posição do Estado em relação às questões coletivas sofria intensa transformação.²⁶

Embora, na França, o Estado sempre tenha tido forte presença na vida social, antes do final do século XIX as atividades por ele assumidas eram justificadas pelo exercício da soberania, pela proteção da “ordem pública” ou carência da iniciativa privada. Foram pressões ocorridas nesse período que levaram o Estado a se engajar mais ativamente na vida social.²⁷ A teoria básica surgida na época para justificar uma intervenção crescente do Estado foi o solidarismo.²⁸ Foi nesse contexto de transformações, portanto, que as teorias da escola francesa se disseminaram e modificaram de modo permanente, até os dias presentes, a ideia de serviço público.

²⁴ Não foi apenas a doutrina na França a responsável pelos debates e divergências quanto às teorias sobre serviço público, mas também a jurisprudência daquele país. Nesse sentido, um importante marco foi o julgamento, pelo Tribunal de Conflitos, em 1873, do *Arrêt Blanco*. Alexandre Santos de Aragão explica os desdobramentos desse julgamento: “De maneira simplificada, poderíamos dizer que o *Arrêt Blanco* considerou que o Conselho de Estado não era competente para julgar todas as causas envolvendo a Administração Pública, mas apenas aquelas que envolvessem a aplicação do Direito Administrativo. Mas, para caracterizar o que deveria ser considerado causas envolvendo o Direito Administrativo, o acórdão preferiu considerar as que tocavam à prestação de serviço público, e não primordialmente as que envolviam o exercício da *puissance publique*”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 88.

²⁵ Como é notório, as marcas do Estado pós-revolução foram a preponderância do individualismo, dos direitos fundamentais e individuais à liberdade e à propriedade, oponíveis ao Estado, e da mínima intervenção estatal.

²⁶ Nessa conjuntura de mutação política e social, Jacques Chevallier conclui que “o serviço público vai oferecer, notadamente, conforme a exposição de Duguít, um princípio explicativo muito generalizado, adaptado ao novo contexto, e que responde ao objetivo de refundação do Estado”. Ainda segundo o autor, “a teoria do serviço público nasceu ao término de um período de intensas inquietações, que questionaram a concepção tradicional do Estado: um novo Estado começa a emergir, cuja legitimidade deve ser fortalecida”. CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 25.

²⁷ Contribuíram para as transformações do Estado circunstâncias econômicas (industrialização e concentração dos meios de produção), sociais (pauperização e surgimento de novas necessidades) e políticas (modelo republicano e avanços da ideia de justiça social). *Ibidem*, p. 25-27.

²⁸ O Estado intervencionista e garantidor da solidariedade social passa a intervir ativamente no campo social, afastando-se profundamente do Estado liberal clássico. A aplicação prática do solidarismo foi o desenvolvimento de um “direito social”. *Idem*.

2.2.2. As noções na *commow law* e na União Europeia

No subtópico anterior, analisamos os principais autores e teorias da Escola Francesa do Serviço Público, que, como visto, foi a que mais contribuiu para a formação e consolidação da doutrina brasileira, com reflexos sobre a criação normativa e jurisprudencial do país. No entanto, é importante que se tenha uma visão de como o mesmo tema é tratado em dois outros contextos do direito comparado, o da *commow law* americana e o da União Europeia. Observe-se que parcela da doutrina nacional vem recorrendo frequentemente a certas características desses sistemas para propor uma releitura do conceito de serviço público no Brasil.

Existem diferenças consideráveis, originárias das experiências americana e francesa, entre *public utility* e *service public*. As *public utilities* americanas são atividades em que há um controle estatal, ou uma regulação pública especial, mais forte do que nas atividades privadas comuns, embora as *public utilities* continuem sendo atividades privadas.²⁹ O mesmo não ocorre com o *service public* francês, onde a presença do Estado é muito mais intensa.³⁰ Apesar da maior influência francesa, o modelo administrativista brasileiro também recebeu contribuições da cultura jurídica americana, resultando numa espécie de sincretismo entre a *commow law* norte-americana e a *civil law* da Europa continental.³¹

As inovações verificadas na União Europeia em relação aos serviços públicos, transformados em *serviços de interesse econômico geral*, constituem um fenômeno mais recente, ocasionado pela mudança de paradigma que decorreu da integração econômica no continente. Sob certo aspecto, a União Europeia está efetuando um modelo de síntese entre a

²⁹ Regis da Silva Conrado afirma que a diferenciação entre os sistemas francês e americano “está fundamentada em uma percepção completamente diferente da natureza da prestação do serviço que, nos Estados Unidos, era tido como um serviço particular, mas submetido a uma regulação especial”. No Brasil, “a inspiração inicial e principal foi francesa, presente desde os tempos do Império”. Ao longo do tempo, no entanto, a experiência norte-americana também se fez sentir no Brasil, como na regulamentação das concessões de serviços públicos. CONRADO, Regis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78-85.

³⁰ “Assim, há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latino-americanos, de um lado, e as *public utilities* norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Estado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades da iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 93.

³¹ Em obra crítica sobre a formação do direito administrativo no Brasil, o professor Carlos Ari Sunfeld leciona que a ideia de Estado administrativo, de influência francesa, presente desde o início do século XIX, não foi destruída pela Constituição de 1891, de espírito norte-americano. O autor afirma que aspectos como o estatismo, a superioridade do Estado administrativo e a especialidade de seu direito, iria permanecer como predominante na ideologia do direito administrativo do Brasil, embora tenha o país adotado o modelo jurisdicional norte-americano, de Justiça Comum, incorporado o presidencialismo e o federalismo, e aceitado teses mais liberais no debate jurídico em matéria econômica e de liberdade pessoal. De inspiração alemã, veio para o Brasil a noção de direito público subjetivo. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59-60.

noção tradicional francesa de serviço público e a anglo-saxônica de *public utilities*.³² A maior parte dos serviços públicos são atividades de grande interesse econômico, que antes eram prestadas ou exploradas por empresas estatais ou concessionárias sob regime de exclusividade. Com a integração econômica, passaram a se sujeitar às normas de concorrência, tornando ilegítimos os monopólios estabelecidos pelos Estados em favor de empresas públicas ou privadas.³³

Muito se discute na doutrina sobre uma pretensa influência no Brasil do modelo europeu de serviço público, fruto de sua integração econômica. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, defende que as mudanças observadas na Europa em nada atingem o Brasil, tendo em vista que nossa Constituição não pode ser ignorada nas múltiplas remissões que faz ao serviço público.³⁴ Marçal Justen Filho, por outro lado, cita que a influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes de atividade econômica privada e serviço público. No entendimento do autor, pode ocorrer o surgimento de uma síntese que supere os dois modelos, com a multiplicação, para as várias categorias de atuação, de regimes jurídicos anômalos, bem como o desaparecimento do “regime de serviço público”.³⁵

Qualquer abordagem sobre os serviços públicos que venha a se desenvolver no âmbito do direito brasileiro não poderá desconsiderar as influências das teorias exteriores sobre o modo de raciocinar o instituto e o direito administrativo. A influência preponderante e original foi francesa, mas com certa frequência, nos dias de hoje, recorre-se a alguns elementos dos sistemas americano e da União Europeia para construir novas interpretações. Como se sabe, cada vez mais os modelos da *common law* e da *civil law* vêm se aproximando, de modo que também deve impactar o serviço público, alterando a forma de analisá-lo e conceituá-lo, no Brasil e em outras culturas jurídicas.³⁶

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 95.

³³ *Ibidem*, p. 96. O autor menciona o art. 86 do Tratado Constitutivo da União Europeia. Jacques Chevallier, sobre o tema do monopólio e da concorrência, aduz que “a partir do momento em que as coletividades públicas se engajam na esfera de atividades econômicas, elas precisam se coadunar com as leis do mercado; as exigências do serviço público devem, desde então, combinar-se com o respeito devido à concorrência”. CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59-62. O autor defende que “serviços de interesse econômico geral [...] não são outra coisa senão o próprio serviço público”, mesmo que possam ser realizados em concorrência ou sem concessão prévia.

³⁵ FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 656-657. Na opinião do autor, as várias disciplinas jurídicas seriam elaboradas segundo os modelos de direito privado, mas com regras específicas para assegurar a satisfação de necessidades coletivas.

³⁶ José Guilherme Giacomuzzi, em obra comparativa que trata da exorbitância no contrato administrativo, cujas conclusões são úteis à compreensão do direito administrativo como um todo, anota que, na França, e de certa forma também no Brasil, a ideia central é a de que o interesse geral, representado pelo Estado, deve prevalecer sobre o interesse privado, impondo um regime especial o qual somente juízes especiais podem implementar (lembrando

O fato é que as influências das teorias externas - da escola francesa, principalmente, e, em menor grau, dos modelos da *commow law* e da União Europeia -, embora substanciais, não retiraram a identidade própria dos serviços públicos no Brasil. Primeiro, porque é impossível dois países terem sistemas jurídicos idênticos. Segundo, porque temos uma vasta e rica história política e social, que ajudou a moldar o Direito brasileiro, com características singulares de nossa realidade. Portanto, do mesmo modo que não se pode negar a influência de outras culturas jurídicas, não se deve descartar a caracterização única dos serviços públicos no Brasil.³⁷

Isso posto, mesmo que se reconheça que as teses da União Europeia do novo serviço público³⁸ tenham alguma ressonância no Brasil, é preciso considerar que a Constituição de 1988 contempla várias normas que tratam de serviços públicos e atividades econômicas em geral, o que dificulta aceitar que certos entendimentos do direito comunitário possam ser internalizados irrefletidamente, já que irão se deparar com a supremacia constitucional interna.³⁹ Por outro lado, as experiências comparativas não devem ser de todo desconsideradas, pois fenômenos como a globalização econômica e a internacionalização trazem inevitáveis reflexos sobre o Estado e suas instituições jurídicas.⁴⁰

que não há justiça administrativa no Brasil). Conforme o autor, na França, prevalece a dicotomia “direito público versus direito privado”, e, em regra, o Estado é visto de forma positiva, enquanto o indivíduo de forma negativa. Contrapondo-se ao modelo francês, o autor cita o modelo americano, típico da “common law”, em que a dicotomia referida acima tem papel ínfimo ou inexistente na epistemologia jurídica. Além disso, nos Estados Unidos, invertem-se as concepções de “Estado” e de “indivíduo”, o primeiro em regra sendo visto de forma negativa, e o segundo positiva. O autor busca demonstrar as diferenças na origem da exorbitância entre os sistemas americano, francês e brasileiro. Com relação aos dois últimos países, conclui que as normas ditas exorbitantes têm direta relação com o papel central exercido pelo Estado na cultura jurídica e na sociedade. A exorbitância, na França, seria mais “estrutural” que “circunstancial”, historicamente constitutiva de uma estrutura maior, o “direito público”. O Brasil, segundo o autor, apareceria em algum lugar entre os modelos americano e francês, mas ainda mais próximo deste último. GIACOMUZZI, José Guilherme. Estado e Contrato. Supremacia do Interesse Público “versus” Igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 82-95.

³⁷ Nos comentários iniciais à obra do professor Jacques Chevallier, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins (tradutores) observam que “todo estudo de direito comparado deve sempre guiar-se por uma *dupla cautela*. Primeira: a doutrina estrangeira não foi elaborada tendo em vista os textos normativos pátrios e, por isso, é bem possível que seja absolutamente impertinente a eles. Segunda: o direito estrangeiro é elaborado perante outra realidade social, nem sempre condizente com a realidade pátria”. CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 16.

³⁸ Chamados agora de serviços de interesse econômico geral.

³⁹ Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins (tradutores), nos comentários à obra de Jacques Chevallier, afirmam que a prevalência das exigências da União Europeia sobre o direito constitucional positivado dos Estados-membros não aconteceu no Brasil porque o país não faz parte da União Europeia. Assim, “a relativização da Constituição interna em prol do Tratado da União Europeia é um tema que simplesmente não se apresenta no Brasil”. CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 12-13.

⁴⁰ “As transformações pelas quais passou o Estado brasileiro, que aderiu claramente às grandes tendências internacionais e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões, vêm suscitando debates quanto à permanência, ou não, da noção de serviço público.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 41-42.

Este trabalho, que propõe encontrar um núcleo constitucional do serviço público, deverá tangenciar o liame que existe entre as imposições normativas da Constituição e as transformações modernas na organização do Estado brasileiro, que vêm acompanhando as tendências de outros países, com maior visibilidade na legislação infraconstitucional. Constitui fato incontroverso que a noção de serviço público se encontra em contínua reavaliação, desde seus fundamentos da base francesa até as diretivas contemporâneas dos tratados europeus.

2.3. O conceito de Serviço Público a partir dos critérios subjetivo, material ou objetivo e formal

Apresentadas as teorias originárias da França, com seus principais expoentes, passamos a analisar, neste tópico, os critérios utilizados pela doutrina para conceituar serviço público. Antes de tudo, é preciso esclarecer que até hoje não se chegou a um conceito jurídico unívoco e satisfatório de serviço público. Ao contrário, vários sentidos e acepções foram e continuam sendo atribuídos pelos estudiosos à categoria jurídica.⁴¹

Diante da dificuldade de se chegar a um conceito preciso de serviço público, a doutrina costuma apresentar alguns critérios que ajudam a atribuir determinados significados ao instituto. Cada critério ou concepção ressalta alguma característica considerada mais relevante para firmar o que deve ser compreendido como serviço público. São três os critérios apresentados pela doutrina com esse intento: subjetivo, objetivo ou material e formal. Passa-se a comentar cada um deles.

Pelo primeiro critério, subjetivo, o serviço público se identifica com o conjunto de órgãos ou estrutura do Estado, ou seja, com quem efetivamente presta ou executa as atividades. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, em sentido subjetivo, “o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal”.⁴² Portanto, nesta acepção, “falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências”.⁴³

⁴¹ Ilustrativas as palavras: “Definir o serviço público sempre foi e continuará sendo complicado, já que é complexo e está em evolução, dada a própria atividade do Estado e as necessidades da sociedade, as quais se encontram em constante transformação por sua própria evolução devido às alterações demográficas, aos avanços tecnológicos, entre outros.” ESQUIVEL VÁZQUEZ, Gustavo A. *Prestación de un Servicio Público por un organismo público autónomo*. In: BÉJAR RIVERA, Luis José (Coord.). *Derecho Administrativo: Perspectivas contemporâneas*. México: Porrúa, 2010, p. 201 *apud* BÉJAR RIVERA, Luis José. *Uma aproximação à teoria dos serviços públicos*. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 35.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 34.

⁴³ *Idem*.

Segundo Luis José Béjar Rivera, que chama esse critério de orgânico, “a característica distintiva do serviço público radica no ente ou pessoa que satisfaz ou realiza o serviço”.⁴⁴

O critério subjetivo, assim como os demais, manteve sua maior relevância ao tempo das primeiras teorias elaboradas na França. Na época, os serviços públicos eram exclusivamente prestados pelos entes estatais ou por entidades por eles criadas para esse propósito. Ultrapassado esse momento inicial, no entanto, o Estado veio a assumir uma série de outras atividades, verificando-se a necessidade do particular também prestar alguns serviços públicos.⁴⁵

Pelo segundo critério, objetivo ou material, o serviço público se relaciona com a atividade que é exercida. É a natureza ou o objeto de certas atividades ou funções, se são de interesse geral ou essenciais à coletividade como um todo, que permite dizer se há serviço público. Para contextualizar esse critério, Celso Antônio Bandeira de Mello se reporta às definições de serviço público dos administrativistas francês André de Laubadère e brasileiro Ruy Cirne Lima. Para o primeiro, serviço público “é a atividade exercida por uma coletividade pública tendo em vista dar satisfação a uma necessidade de interesse geral”.⁴⁶ Para o segundo, “é todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que por isso mesmo tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.⁴⁷

Em sentido equivalente, ou seja, de uma necessidade a ser satisfeita, ou que tenha por característica tratar-se de uma função pública, Luis José Béjar Rivera denomina esse critério de

⁴⁴ BÉJAR RIVERA, Luis José. Uma aproximação à teoria dos serviços públicos. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 43.

⁴⁵ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 71. Como lembra o autor, os institutos da concessão e da permissão do serviço público viabilizaram que os particulares pudessem auxiliar o Estado na consecução de suas tarefas. Assim, o Estado deixou de ter a exclusividade da prestação do serviço. Quando isso ocorreu, o critério subjetivo “acabou sofrendo inevitável abalo, restando impossível utilizá-lo, de forma isolada, para compor a noção de serviço público”. Tornaram-se inconfundíveis os conceitos de titularidade do serviço público, pertencente ao ente que a Constituição ou a lei estabelecerem, e titularidade da prestação do serviço público, esta da entidade estatal ou do particular que exercer a atividade.

⁴⁶ LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*. 3ª ed. vol. I. Paris: LGDJ, 1963, p. 518 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 35.

⁴⁷ LIMA, Ruy Cirne Lima. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 1954, p. 84 *apud idem*.

funcional.⁴⁸ O critério material foi utilizado de forma absoluta por Duguit⁴⁹, compatibilizando-se, portanto, com a perspectiva sociológica desse autor. Pelo critério material, se em dado momento a sociedade exige que certa atividade seja prestada pelo Estado devido à sua imprescindibilidade ao convívio social, ela necessariamente será um serviço público.

Com o tempo, no entanto, observou-se que não era possível reduzir o conceito de serviço público aos critérios subjetivo ou material. Eles foram concordantes na fase histórica em que o Estado apenas assumia as atividades de relevante interesse geral, sem que houvesse imposições legislativas, e em caráter exclusivo de prestação, sem participação de particulares. Mas os critérios começaram a falhar diante de duas situações surgidas. A primeira, a do crescimento da participação de particulares, ao lado do Poder Público, na prestação de serviços essenciais ou de interesse coletivo. A segunda, a do reconhecimento de que o Poder Público não necessariamente prestava apenas atividades de interesse geral, podendo o legislador obrigá-lo a prover atividades enquadráveis como de interesse privado. Em face dessas novas possibilidades, a suficiência de ambos os critérios para explicar o serviço público passou a ser questionada.

Pelo terceiro critério, formal, serviço público significa um regime jurídico especial, naturalmente de direito público, derogatório das regras de direito comum. O serviço público não seria mais identificado com a natureza de certas atividades, ou com as instituições que as desempenham, mas com o regime diferenciado que a lei estabelecer para sua prestação. Bernard Chénot denota com clareza essa concepção: “dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de serviço público”.⁵⁰ Conforme visto anteriormente, quem teorizou serviço público sob a perspectiva formalista foi Gaston Jèze.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que, para Chénot, “foi a própria evolução da realidade social que se encarregou de mostrar a “não identidade” entre um sistema normativo ou categoria jurídica e a mesma realidade infraestrutural, substante”. Nesse sentido, como lembra o ilustre administrativista brasileiro, o fato da realidade social variar não significa que

⁴⁸ Pela definição de Jorge Fernández Ruiz, “o elemento definitivo de serviço público está, segundo o critério funcional, não no caráter do órgão, pessoa ou instituição encarregada da prestação do serviço, nem no reconhecimento da lei, mas no fato de que a atividade a desenvolver satisfaça uma necessidade de caráter geral. Dito de outra forma: conforme o critério funcional, não importa conhecer quem presta o respectivo serviço, mas saber qual é o caráter da necessidade a ser satisfeita mediante a prestação do serviço”. FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo: Servicios Públicos*. México: Porrúa, 1995, p. 66 *apud* BÉJAR RIVERA, Luis José. *Uma aproximação à teoria dos serviços públicos*. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 45.

⁴⁹ POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 72.

⁵⁰ CHÉNOT, Bernard. *Organisation Économique de l'État*. Paris: Dalloz, 1951, p. 78 *apud* POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 74.

o regime jurídico varie, o que varia é o objeto sobre o qual o regime se aplica.⁵¹ Tal lição é importante porque concede vida própria ao estudo das categorias jurídicas, desvinculando-as de seu substrato fático. Assim, enquanto a Constituição ou a lei mantiverem o regime público para certa atividade, mesmo que a natureza dela passe por alterações substanciais, no sentido de perder sua relevância para a manutenção da coesão social, o serviço público continuará a existir, pois a identidade deste é com o regime da norma, e não com a essência da atividade.

O critério formal, também chamado de jurídico⁵², privilegia as escolhas feitas pelo legislador sobre quais atividades devem ser exercidas pelo Poder Público (ou pelos particulares sob sua disciplina), de acordo com regras impositivas de direito público. No entanto, algumas questões colocam a suficiência do critério formal em dúvida. Por exemplo, é estritamente necessário que os serviços públicos sejam submetidos apenas a regras de direito público? Ou seria possível sua prestação mediante um regime híbrido, com regras conjuntas de direito público e privado? Uma outra indagação é se deve existir um único e rígido regime jurídico para todo e qualquer serviço público, definido por lei, ou se é possível diferenciar os regimes em função das especificidades inerentes a cada setor de atividade.

O critério formal concede primazia às atividades que são caracterizadas como serviço público a partir da vontade política dos legisladores, adaptável às modificações do tempo. Confere, assim, maior juridicidade ao conceito, o que se mostra apropriado do ponto de vista da ciência jurídica e seus métodos de análise.⁵³

Cada um dos três critérios enfatiza um aspecto preponderante de uma noção que, na realidade, deveria ser tomada de modo mais abrangente.⁵⁴ Nas origens (início do XX), esses critérios praticamente se sobrepunham, pois os entes públicos da época apenas se ocupavam de atividades de interesse geral e os prestavam sempre sob regime jurídico diferenciado ou

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 40.

⁵² BÉJAR RIVERA, Luis José. Uma aproximação à teoria dos serviços públicos. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 46.

⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello é um entusiasta do conteúdo jurídico do serviço público, ou seja, a identificação dessa noção através de um sistema de normas, de um conjunto de regras. O professor distingue dois conceitos de serviço público: “Um é metajurídico e se expressa através dos elementos materiais e orgânicos que compuseram a noção tradicional. Outro é jurídico e corresponde à definição formal.” Afirma ainda que, do ponto de vista jurídico, serviço público “é aquele que se consubstancia *através de regime jurídico especial instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios*”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54-55 e 63.

⁵⁴ Nesse sentido, tome-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A noção tradicional de serviço público, isto é, tal como se desenvolveu no Direito Francês, relacionava os três aspectos enfatizados respectivamente dos conceitos subjetivo, objetivo e formal, isto é, a organização administrativa, a atividade de interesse geral e o regime jurídico especial. Por conseguinte, funcionavam como partes elementares de um conceito mais complexo que abrigava este tríplice aspecto. Entendia-se por serviço público a atividade de interesse geral prosseguida por um organismo administrativo sob um regime derogatório de direito comum”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 43.

especial. Por consequência, nesses primórdios, embora cada autor expressasse suas preferências, a abordagem unificada dos três critérios possibilitou alcançar uma noção de serviço público menos sujeita a críticas. Essa simplicidade, no entanto, acabou desfeita com o tempo⁵⁵, diante do surgimento de uma multiplicidade de novos fatores que dificultavam a explicação ou redução do serviço público aos mencionados critérios.

Pode-se relacionar algumas críticas à utilização de cada critério. Por exemplo, a aplicação pura do critério subjetivo ou orgânico retira a possibilidade de pessoas particulares prestarem serviços públicos, ou de o Estado explorar atividades econômicas tipicamente privadas, ou ainda exercer atividades administrativas fora das regras de direito público. Por outro lado, a consideração isolada do critério formal coloca o legislador na comodidade de fixar, de modo arbitrário, as atividades a observarem o regime de direito público. Além disso, podem existir determinados serviços públicos que, por sua natureza econômica (industrial ou comercial), requerem a aplicação de um regime não necessariamente público, mas de regras mistas de direito público e privado. Por fim, a aplicação do critério objetivo ou material mostra sua precariedade nas situações em que o legislador não reconhece como dever do Estado uma atividade de interesse geral, a ser prestada em regime especial. Pode-se ter, assim, uma atividade de relevância pública que não seja serviço público por ausência de atribuição legal.

A despeito dos problemas relacionados, os três critérios estudados estão na base de quase todos os conceitos doutrinários de serviço público. Esse fato será mais bem visualizado no tópico 2.5, quando forem apresentados os conceitos elaborados pela doutrina brasileira.

2.4. As crises da noção de Serviço Público

As teorias e conceitos jurídicos costumam passar por novas reflexões quando ocorrem transformações de impacto na realidade social. Foi o que aconteceu a partir de determinado momento do século XX com a visão tradicional de serviço público na França, o que se convencionou chamar de (primeira) “crise” da noção de serviço público.

O aspecto mais marcante das transformações da época estava relacionado ao papel assumido pelo Estado e seu grau de intervenção na sociedade. Na França, como em outros países, depois da primeira metade do século XX, viu-se uma ampliação expressiva da atuação estatal em domínios antes reservados aos agentes privados.⁵⁶

⁵⁵ Inicia-se com a primeira crise da noção de serviço público.

⁵⁶ Augusto Neves Dal Pozzo recorda que a noção tradicional de serviço público favoreceu dois propósitos: delimitar a competência da jurisdição administrativa e constituir a noção principal do direito administrativo. “Com a evolução dos tempos, todavia, essas duas premissas acabaram sendo superadas por outras realidades jurídicas. Identificaram-se outros critérios para subsunção de litígios à jurisdição administrativa e percebeu-se que as

Nesse período, o Estado passou a desenvolver atividades que antes eram reservadas à iniciativa privada, criando entidades de direito privado para prestar serviços públicos ou explorar atividades econômicas. Entes particulares, de outro lado, passaram a prestar, sem necessidade de concessão do poder público, atividades caracterizadas como serviço público.

A jurisdição administrativa teve de passar por uma redefinição de critérios para delimitar sua competência, diante das inovações profundas que se anunciavam tanto na atuação do Estado quanto da iniciativa privada. Por conseguinte, os critérios subjetivo, material e formal não mais compunham a mesma harmonia de antes para explicar os serviços públicos.⁵⁷ Aliás, da primeira crise em diante, o que se verificou foi o rompimento definitivo da noção pura e da unidade que até então se atribuía às três concepções originais de serviço público.

Citando Jacques Chevallier, Alexandre Santos de Aragão afirma que, na primeira crise, os paradigmas teóricos dos serviços públicos se viram ameaçados pelo aumento da intervenção estatal na economia, tanto pelo aumento da intensidade da intervenção regulatória sobre atividades econômicas privadas, quanto pelo exercício direto pelo Estado de uma série de atividades econômicas, comerciais e industriais, sem correlação direta com o atendimento de necessidades coletivas, inclusive utilizando-se de empresas públicas e sociedades de economia mista (regime de Direito Privado).⁵⁸

Como expõe a doutrina, a primeira crise representou uma interpenetração entre as atividades consideradas serviço público, por sua essencialidade social, e as atividades econômicas tipicamente privadas, na medida em que tanto o Estado, quanto os particulares, passaram a atuar provendo ambas, e, mais ainda, em regime jurídico não propriamente público. Diante da primeira crise, a jurisprudência francesa passou a mencionar de “serviço público industrial e comercial” aquele que mantinha a titularidade pública, mas que, por possuir

atividades estatais eram mais amplas, não se cingindo unicamente à prestação de serviços públicos. Nesse período ocorria um intervencionismo crescente do Estado Francês na economia, passando a ocupar espaços que eram afetos exclusivamente à iniciativa privada”. POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

⁵⁷ “Em consequência, o sentido material ou elemento objetivo de serviço público tornou-se, em certos casos, muito mais extenso que o subjetivo, desde que a organismos privados, não administrativos, se reconheceu o caráter de serviço público. Por outro lado, o sentido subjetivo ou elemento orgânico também se tornou em outras hipóteses mais extenso que a aceção material, fato acarretado pela criação de numerosos organismos estatais não públicos e pelas nacionalizações. Outrossim, certas atividades de interesse geral, prosseguidas por organismos do Estado, empresas suas, porém relativas à ordem econômica, vieram a ser regidas pelo direito privado, afastando-se em boa parte ou quase completamente do “regime de serviço público””. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 48.

⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques. La Place du Service public dans l’univers juridique contemporain. In: ROUBAIN, Luc (Coord.). Le service public en devenir. Paris: L’Harmattan, 2000, p. 27 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 188-189.

característica econômica, não se submeteria mais à jurisdição administrativa e ao regime público.⁵⁹

Passou-se a ter, na França, duas categorias de serviço público: os administrativos, sujeitos ao regime jurídico de direito público e à jurisdição administrativa, e os de caráter industrial e comercial, afetos ao regime jurídico de direito privado e à jurisdição comum.⁶⁰ Relevante notar que o Estado passou a adotar mecanismos de Direito Privado, por meio de empresas estatais, para explorar tanto atividades econômicas em sentido estrito quanto serviços públicos que passaram a necessitar de estruturas mais complexas, como telecomunicações, energia, gás canalizado.⁶¹

A primeira crise está associada a um momento de expansão da atuação do Estado sobre domínios essencialmente privados, para garantir novos serviços e investimentos, provavelmente em função da insuficiência do modelo puramente liberal, que teve seu auge no século XIX. À estrutura das administrações, eram incorporadas novas figuras jurídicas, como as entidades estatais com personalidade jurídica privada. E os agentes privados também passaram a auxiliar o Estado na prestação de serviços de interesse geral. Saliente-se que, no contexto que se estuda, a crise a que a doutrina se refere não é das atividades ou dos serviços de relevante interesse social em si, que se encontravam, aliás, em vertiginoso crescimento, mas da “noção jurídica de serviço público” até então construída.

A partir da década de 80 do século passado, sem que se precise uma data, ocorreu o que a doutrina denominou de segunda crise da noção de serviço público. Os dois principais fatores que contribuíram para ela foram a sobrevivência do chamado neoliberalismo, trazido pela globalização, e o advento da União Europeia.⁶² O período foi caracterizado, em diversas partes do mundo, e no Brasil, por um forte movimento de liberalização das economias, com consequente efeito de retirada do Estado como produtor direto de bens e prestador de serviços por suas próprias entidades. O setor privado passou a atuar com mais intensidade tanto nas atividades econômicas estritas, auxiliado pelo aumento das privatizações, quanto na prestação de serviços públicos, por meio de concessões e parcerias com o Estado.

⁵⁹ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67. O autor cita o aresto *Société Générale d'Armement*, proferido pelo Conselho de Estado, como o que fez menção expressa ao *serviço público industrial e comercial*.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 190.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 59.

Enquanto a primeira crise representou o avanço da esfera pública sobre a privada, a segunda crise trouxe o aumento da atuação da iniciativa privada na economia, com o retorno ao mercado de uma série de atividades dela retiradas ao longo do século passado.⁶³

O Tratado de Roma, que estabeleceu as bases da atual União Europeia, concebeu os chamados “serviços de interesse econômico geral”.⁶⁴ Para o direito comunitário, que passou a impor regras comuns entre os países-membros, tal conceito representava uma mudança na concepção dos serviços públicos. Abria-se espaço para que eles fossem prestados em regime de maior liberdade privada e em concorrência. Ocorreu um atrito entre a visão tradicional francesa de serviço público, mais afeta ao publicismo, e as novas abordagens trazidas pela Comunidade Europeia, mais privatista. Conforme tratado no subtópico 2.2.2, a doutrina nacional não é unânime com relação ao nível de influência das mudanças no direito comunitário sobre o conceito de serviço público no Brasil.

A segunda crise fez reaparecer a questão de como caracterizar os serviços públicos em um ambiente no qual o Estado diminuía sua atuação direta na exploração de atividades econômicas gerais e na prestação de serviços essenciais, liberando-os para maior participação privada. O Estado provedor de bens e prestador de serviços públicos se transformava em um Estado regulador ou subsidiário.⁶⁵ Como ocorrera com a primeira crise, mas em cenário fático diverso, os critérios subjetivo, material e formal não eram suficientes para conciliar a realidade que se impunha com a ideia tradicional de serviço público.⁶⁶

A segunda crise foi bastante enfatizada pela doutrina, sobretudo por seus efeitos sobre o conceito de serviço público, ou, mais precisamente, sobre a sobrevivência do instituto em face das transformações experimentadas pelo Estado. No Brasil, a liberalização, a partir da década

⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 190.

⁶⁴ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67-68. A despeito da relevância do serviço de interesse econômico geral, que, em tese, substituiu o antigo serviço público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro lembra que, no próprio direito comunitário, na década de 90, referindo-se ao art. 16 do Tratado de Amsterdam (1997), houve “um abrandamento na interpretação do referido dispositivo do Tratado de Roma [art. 86], 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”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 139-140. A propósito dos efeitos da *construção europeia* sobre os serviços públicos, ver CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 77-78.

⁶⁵ Sobre “Estado regulador”, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 50-56.

⁶⁶ Regis da Silva Conrado divide as crises da noção de serviço público em quatro: crise no critério orgânico, crise no critério formal, reforma do Estado e integração europeia. O autor ressalta, no entanto, que a terceira e quarta crises não se referem propriamente à crise da noção jurídica de serviço público, mas a uma rediscussão sobre o papel do Estado na economia, ou seja, da conveniência e da utilidade de o Estado prestar serviços públicos. CONRADO, Regis da Silva. Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58-65.

de 90, de uma série de atividades sobre as quais o Estado não mais teria a titularidade, na visão de alguns estudiosos, fez nascer inúmeras dúvidas sobre os limites de definição dos serviços públicos. Surgiram concepções variadas, desde quem defendesse a manutenção incólume dos serviços públicos no direito brasileiro, fundamentando essa conclusão nas rígidas previsões da Constituição, até quem propusesse a extinção completa do serviço público, substituindo-o pela noção geral de regulação da atividade econômica, passando por opiniões intermediárias.⁶⁷

O que de fato se constata é que as mudanças contemporâneas acentuaram as divergências sobre a permanência ou a titularidade estatal dos serviços públicos. Do mesmo modo, ganhou visibilidade o crescimento da função regulatória do Estado.⁶⁸ É inegável que essa

⁶⁷ Citemos as abordagens de alguns autores em relação ao assunto. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que os avanços ocorridos não permitem que se fale em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. A professora lembra que a Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, permitindo desempenho direto ou mediante concessão, permissão ou autorização, e atribui ao Estado o dever de prestar determinados serviços sociais não exclusivos. Mas lembra que tem ocorrido uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 140. Da mesma opinião, comunga Celso Antônio Bandeira de Mello. O eminente professor afirma: “Eis, pois, que, salvo se viessem a ser retiradas da Constituição as múltiplas remissões ao serviço público e aos efeitos jurídicos que ali lhe são atribuídas, falar em “morte do serviço público” é evidente disparate”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 62. Odete Medauar adota linha semelhante, de que continua a existir serviço público e titularidade estatal. A professora afirma: “Tais concepções não se aplicam ao ordenamento brasileiro, ante o art. 175 da CF, que atribui o serviço público ao Poder Público, diretamente ou mediante concessão ou permissão. Pode-se pensar de modo evolutivo no serviço público, para inserir o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, sem abolir a presença do Estado. As atividades necessárias à coletividade não podem ficar à mercê apenas do jogo do mercado”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 317. Alexandre Santos de Aragão menciona a posição externada por Carlos Ari Sunfeld, para quem todas as categorias de serviço público vêm sendo superadas pela noção única de regulação. Para o último jurista, o serviço público seria apenas uma das possíveis modalidades de regulação das atividades econômicas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 197. O próprio Alexandre Santos de Aragão, porém, defende uma visão intermediária, e entende que se deva “reduzir a ideia de serviço público apenas às atividades, cada vez menos numerosas, que continuam sendo de titularidade estatal, e atribuir a alcunha de *public utilities* às atividades que passaram à iniciativa privada, que também poderiam ser chamadas de atividades privadas regulamentadas, atividades privadas de interesse público, atividades econômicas de interesse geral, ou outra nomenclatura que se preferir”. O autor ressalta que medidas legislativas transformaram o que antes eram serviços públicos titularizados pelo Estado em atividade privada de relevância pública. Refere-se também à despublicização de determinadas atividades previstas nos incisos XI e XII do art. 21 da Constituição. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 184, 197 e 203. Marçal Justen Filho diz não haver cabimento em se afirmar a morte do serviço público, uma vez que ele existe como manifestação direta e imediata da concepção política consagrada por cada povo. Coloca o autor que “em todos os países do mundo, diferencia-se o regime jurídico privado, reservado para a exploração econômica em sentido restrito, daquele aplicável às atividades relacionadas com o interesse coletivo. As denominações reservadas para essas diferentes hipóteses variam de país a país, tal como o conteúdo do regime jurídico correspondente e sua extensão de abrangência. Mas sempre existe um núcleo reconduzível ao que se denomina de *serviço público*”. Porém, quanto às atividades do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, não configuram necessariamente serviço público, podendo ou não ser assim qualificadas de acordo com as circunstâncias. O competente autor esclarece: “Se houver cabimento de satisfação dos direitos fundamentais por meio da atuação empresarial privada, sob regime de direito privado, poderá haver a despublicização da atividade”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 639 e 662.

⁶⁸ Egon Bockmann Moreira, em artigo sobre “direito da regulação”, afirma que, até meados da década de 90, no Brasil, havia uma cisão quase mecânica das atividades estatais entre “poder de polícia” e “serviço público”, de modo que os serviços públicos não albergavam a regulação. Depois da década de 90, a regulação econômica

nova conjuntura teve desdobramentos nos campos legislativo e doutrinário. Em algumas passagens do tópico 3.5, serão examinados os impactos desse Estado transformado sobre o conceito constitucional de serviço público a ser construído.

2.5. O conceito de Serviço Público na doutrina brasileira

Vistos os conceitos de serviço público pelos tradicionais critérios subjetivo, material e formal, e o significado das crises da noção de serviço público na recontextualização do tema, apresentaremos neste tópico os critérios ou conceitos adotados pelos principais doutrinadores brasileiros.

Iniciaremos, no entanto, por um autor estrangeiro. Luis José Béjar Rivera entende que o critério funcional ou material é o que melhor caracteriza os serviços públicos, conforme expresso abaixo.

Não obstante seja possível recolher de cada um dos critérios anteriores algum elemento, e em nosso entendimento o critério funcional contém o ponto fundamental, ou seja, a satisfação da necessidade pública, devemos atar este critério ao orgânico, pois estabelece-se que o serviço público só pode ser prestado pela Administração Pública (ou sob sua autorização mediante concessionários). Também devemos destacar que será o próprio legislador quem haverá de impor o limite ou distinção para sabermos quando estamos diante de um serviço público, ou diante de alguma outra atividade a ser desenvolvida pelo Estado (função administrativa) ou pelos particulares (serviços no comércio), ainda quando estes tenham um mínimo de regulação.⁶⁹

O professor Eros Roberto Grau, em obra de referência sobre a ordem econômica na Constituição de 1988, também utiliza a concepção material ao tratar da noção de serviço público.

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).⁷⁰

Entretanto, alerta o mencionado autor que cumprirá à Constituição conformar a referida noção.

Pois bem: a identificação dos casos nos quais a realização e o desenvolvimento da coesão e da interdependência social reclamam a prestação de determinada atividade

creceu, e passou a assumir função antes estrutural que circunstancial, de modo que, atualmente, o Estado está integrado na Economia, ordinariamente atuando no cotidiano das relações socioeconômicas. MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 107-139.

⁶⁹ BÉJAR RIVERA, Luis José. Uma aproximação à teoria dos serviços públicos. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016, p. 48-49.

⁷⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 130.

pelo Estado (= casos nos quais essa atividade assume caráter existencial em relação à sociedade) é conformada pela Constituição.⁷¹

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza tanto o substrato material quanto o elemento formal para definir os requisitos da noção de serviço público e assim conceituá-lo, nos termos abaixo.

Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.⁷²

Marçal Justen Filho considera mais relevante o aspecto material do que o subjetivo e o formal. Afirma que certa atividade é qualificada como serviço público por dirigir-se à satisfação direta e imediata de direitos fundamentais, de modo que a submissão da atividade ao regime de direito público e a atribuição de sua titularidade ao Estado decorrem do aspecto material.⁷³ O autor adota a definição abaixo de serviço público.

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.⁷⁴

Odete Medauar faz alusão ao plano das escolhas políticas e do papel do Estado para se caracterizar o serviço público.

Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição.⁷⁵

Hely Lopes Meirelles traz um conceito genérico de serviço público, depois de reconhecer que ele não é uniforme na doutrina, flutuando com as necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico.

Serviço público é 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.⁷⁶

⁷¹ *Ibidem*, p. 129.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 81.

⁷³ FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 636-637.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 632.

⁷⁵ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 316.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes e FILHO, José Emmanuel Burle. Direito administrativo brasileiro. 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 425.

José dos Santos Carvalho Filho defende que o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública.

De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como *toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*.⁷⁷

Alexandre Santos de Aragão propõe o conceito abaixo, que se baseia na acepção restrita de serviço público, aferível da Constituição Federal.

Serviços públicos são as 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 seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.⁷⁸

Por fim, segue a definição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma a permanência dos três elementos - subjetivo, material e formal -, porém, com sensíveis diferenças em relação à sua concepção original.

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.⁷⁹

No direito positivo brasileiro, a única definição de serviço público encontra-se no art. 2º, inciso II, da Lei nº 13.460/2017⁸⁰, como segue.

atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública.

Pela interpretação dos conceitos de serviço público acima indicados, verifica-se que os autores recorrem, quase sempre, a uma combinação dos critérios subjetivo, material e formal, mas cada um mantém sua particularidade. Um ponto que parece comum nos vários conceitos é o de que serviço público é uma atividade que existe para a satisfação de necessidades coletivas ou essenciais, materiais ou concretas, assumida pelo Estado. Por outro lado, as seguintes questões parecem ficar em aberto entre os conceitos: i) se a titularidade dos serviços e a prestação por delegatários se sujeitam a algum critério; ii) se a definição das atividades que satisfazem as necessidades coletivas depende sempre de previsão legal; e iii) se o regime de

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 338-339. O autor cita os conceitos de alguns estudiosos para estudo comparativo. Por exemplo, o do jurista francês André de Laubadère, que denomina serviço público “*toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral*”.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 130. Ver a classificação adotada pelo autor no subtópico 2.6.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 136.

⁸⁰ A Lei nº 13.460/2017 dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

prestação do serviço público deve ser sempre exclusivo, ou pode ser parcialmente de direito público.

Constata-se que as mesmas incertezas na conceituação de serviço público do período das primeiras teorias permanecem presentes ainda hoje, talvez até em um grau mais elevado. Nesse sentido, preciso é o pensamento de Jacques Chevallier, transcrito abaixo, quando comenta sobre a perda da substância jurídica da noção de serviço público.

O modo de definição do serviço público exclui, de início, qualquer possibilidade de determinação objetiva ou intrínseca: o serviço público não existe “em si”, mas exclusivamente em função da vontade de seus promotores; contrariamente à tese do serviço público “por natureza”, não há um limite objetivo à criação de um serviço público; e não importa qual seja a atividade social, ela pode, a qualquer momento, ser qualificada como um serviço público.⁸¹

Conclui-se, assim, que a despeito dos esforços da doutrina, os serviços públicos constituem uma realidade mais funcional do que racional, cujo conceito possa ser aferido de modo direto e objetivo.⁸² São dependentes das circunstâncias e decisões políticas de cada época e lugar, ou seja, trazem como característica o fato de serem relativos. Por esse motivo, é que a opção deste trabalho foi por explorar um conceito normativo de serviço público, que tenha por fundamento a disciplina constitucional, ao invés de se procurar um conceito doutrinário.

2.6. Classificações e princípios dos Serviços Públicos

A compreensão dos serviços públicos vai além de sua conceituação. É importante que também sejam conhecidas as classificações que a doutrina, utilizando-se de variados critérios, atribui aos serviços públicos. Sendo o serviço público uma atividade marcada por sua essencialidade, constitui função das classificações separá-lo, por critérios racionais e objetivos, das demais atividades existentes, bem como identificar grupos mais ou menos homogêneos,

⁸¹ CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56. O autor francês cita André de Laubadère, que dizia: “uma atividade se torna um serviço público assim que os poderes públicos decidam assumi-lo para dar satisfação a uma necessidade, a qual eles estimam que permanecerá insatisfeita ou insuficientemente satisfeita caso não haja essa assunção”.

⁸² Para Bernard Chenot, o conceito de serviço público “é o exemplo mais claro de uma dessas noções ditas fundamentais cujo conteúdo só pôde ser precisado em breves períodos de tempo e cujos contornos logo começam a se quebrar com as contradições das leis e das decisões jurisprudenciais. A história do serviço público demonstrou que o único sentido do termo é o que a ele foi dado pelas fantasias titubeantes do legislador e pelos esforços pragmáticos do juiz”. CHENOT, Bernard. L’Existencialisme et le Droit. *Revue Française de Science Politique*, p. 60, 1953 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103-104.

embora diferenciados entre si, dentro da própria categoria dos serviços públicos. Na sequência, apresentaremos as classificações mais conhecidas adotadas na doutrina.⁸³

Começamos pela classificação proposta por Eros Roberto Grau, bastante útil na análise jurídica das atividades econômicas. Conforme defendido pelo autor, não há oposição entre “atividade econômica” e “serviço público”, uma vez que na segunda expressão está subsumida a primeira.⁸⁴ Observa-se que o autor tenta construir suas referências a partir das normas constitucionais.

Para Eros Grau, o “serviço público” é um tipo de “atividade econômica”, pois voltada à satisfação de necessidades, envolvendo a utilização de bens e serviços, ou seja, recursos escassos. O desenvolvimento do “serviço público” compete “preferencialmente” ao setor público, não “exclusivamente”, visto que o setor privado também pode prestá-lo. Sendo assim, “atividade econômica” é gênero, da qual “serviço público” é espécie. O professor, então, propõe a seguinte convenção para dar coerência à sua classificação: o gênero compreende o que ele denomina de “atividade econômica em sentido amplo”, cujas espécies são o “serviço público” e a “atividade econômica em sentido estrito”.⁸⁵

O autor elaborou essa classificação voltado para as normas constitucionais e a compreensão que nelas assume a expressão “atividade econômica”. Em certa parte de sua obra, Eros Grau distingue “intervenção” de “atuação estatal”. A primeira é limitada à atuação do Estado no campo da “atividade econômica em sentido estrito” (modalidades: intervenção por absorção ou participação, por direção e por indução), enquanto a segunda, no campo da “atividade econômica em sentido amplo”.⁸⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello propõe também uma classificação com base nas normas constitucionais, mas com alcance além da esfera econômica abrangida por Eros Grau, incluindo os serviços sociais. O autor defende que há certas prestações de atividade material que são obrigatoriamente serviços públicos, por força constitucional. Nesse sentido, faz as distinções: a) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (exemplos: serviço postal e correio aéreo nacional); b) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade (exemplos: educação, saúde, previdência social e assistência social); c) serviços

⁸³ Cabe mencionar o alerta de que não há classificação ou conceito que por essência seja correto ou errado, mas sim mais ou menos adequado às finalidades metodológicas perseguidas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 128.

⁸⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 97.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 98.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 88-89. Sobre a diferença, esclarece o autor: “*Intervenção* indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado.”

que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder (exemplo: radiodifusão sonora ou de sons e imagens); e d) serviços que o Estado tem apenas o dever de promover a prestação (exemplos: todos os demais serviços, que o Estado pode prestar por si mesmo ou transferi-los às entidades privadas, mediante concessão, permissão ou autorização).⁸⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta vários critérios que têm sido adotados para classificar os serviços públicos, embora com algumas críticas. Em um desses critérios, diferencia serviços públicos próprios (aqueles que atendem a necessidades coletivas, e o Estado os executa diretamente ou indiretamente) de impróprios (aqueles que, embora atendam também a necessidades coletivas, são atividade privadas, autorizadas, regulamentadas e fiscalizadas pelo Estado). Quanto ao objeto, classifica os serviços públicos em administrativos (essencialmente, funções administrativas, distintas da legislativa e jurisdicional), comerciais ou industriais (serviços que atendem às necessidades coletivas de ordem econômica, prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública) e sociais (serviços que atendem a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada).⁸⁸

Quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral, a professora Maria Sylvia classifica os serviços públicos em “*uti singuli*” (satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos) e “*uti universi*” (usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos, embora prestados à coletividade). Por fim, tem-se o critério que os divide em exclusivos e não exclusivos do Estado. Nos primeiros, estão basicamente todos aqueles previstos no art. 21, incisos X a XII, da Constituição, que passam por liberalização parcial nos termos da legislação ordinária. Nos segundos, estão serviços como educação, saúde, previdência social e assistência social, executados pelo Estado ou pelo particular (mediante autorização do Poder Público).⁸⁹

Alexandre Santos de Aragão traz uma classificação que considera a abrangência do serviço público. Nesse sentido, têm-se a concepção amplíssima de serviço público (equivalente a todas as atividades exercidas pelo Estado), a concepção ampla de serviço público (equivalente às atividades prestacionais em geral do Estado, incluindo serviços econômicos, sociais e *uti universi*, mas excluindo a polícia administrativa e o fomento), a concepção restrita de serviço público (apenas serviços públicos econômicos e sociais, com identificação dos beneficiários) e a concepção restritíssima de serviço público (limitada aos serviços que possam ser financiados

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 88-90.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 142-144.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 144-145.

por taxas e tarifas, com identificação do beneficiário, de titularidade exclusiva do Estado, mas exploráveis pela iniciativa privada por concessão ou permissão).⁹⁰

Hely Lopes Meirelles, considerando o critério da essencialidade, traz a seguinte classificação: serviços públicos propriamente ditos e serviços de utilidade pública. Nos primeiros, a Administração os presta diretamente à comunidade, sem haver delegação a terceiros, reconhecendo sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado (exemplos do autor são defesa nacional, os de polícia e os de preservação da saúde pública). Nos segundos, a Administração reconhece sua conveniência (não essencialidade) para os membros da coletividade, prestando-os diretamente, ou aquiescendo que terceiros os prestem (exemplos são transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone).⁹¹

Marçal Justen Filho alude à classificação dos serviços públicos quanto à competência federativa, em que se distinguem os serviços de competência comum (atribuídos a todos os entes federativos, como educação e saúde) e os de competência privativa (titularidade de determinado ente)⁹². Segundo o autor, tal classificação é relevante “não apenas para individualizar o ente federativo que deverá assumir a prestação do serviço como também a competência legislativa correspondente”. Quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita, o autor classifica os serviços públicos em sociais, comerciais e industriais e culturais.⁹³

Quanto às formas de prestação dos serviços públicos, pode-se classificá-las em centralizada, quando são prestados pelos próprios órgãos da Administração Direta (desconcentração), e descentralizada, quando o Poder Público transfere a execução do serviço, por outorga, a entidades da Administração Indireta, cuja criação ou autorização depende de lei.⁹⁴ O termo outorga se refere à transferência do serviço, por meio de lei, a entidade integrante da Administração Indireta do ente, enquanto o termo delegação se aplica à transferência por

⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 120-124 e 130. Das quatro concepções propostas, o autor acolhe como a mais operacional a concepção restrita.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes e FILHO, José Emmanuel Burle. Direito administrativo brasileiro. 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 427-429. Além da classificação quanto à essencialidade, os autores ainda citam outras: quanto à adequação (serviços próprios e impróprios), à finalidade (administrativos e industriais) e aos destinatários dos serviços (*uti universi* e *uti singuli*).

⁹² José dos Santos Carvalho Filho, quanto a esse aspecto, separa os serviços privativos dos serviços comuns. Os primeiros compreendem aqueles atribuídos a apenas uma das esferas da federação. Entre os segundos, estão os que podem ser prestados por pessoas de mais de uma esfera federativa. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 344-345.

⁹³ FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 663-666.

⁹⁴ Se a entidade outorgada tiver personalidade de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público), haverá transferência da titularidade e execução do serviço. Se a entidade outorgada tiver personalidade de direito privado (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista), a transferência será apenas da execução do serviço público. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422.

contrato (concessão) ou ato administrativo (permissão ou autorização) da execução do serviço a particular sob condições regulamentares e controle do Estado.⁹⁵

Como referência estrangeira, tem-se a classificação dos serviços públicos proposta por Jacques Chevallier, cujo critério é o momento de sua aparição (refere-se à história da França) e seu ramo de atividade. Seriam eles: serviços públicos antigos (associados a atividades soberanas), serviços públicos econômicos, serviços sociais e serviços socioculturais.⁹⁶

Pela verificação das diferentes classificações, nota-se a falta de uniformidade na doutrina em torno dos critérios classificatórios e seu preenchimento. Observam-se várias espécies de classificação, umas mais teóricas, outras de caráter instrumental, passando pelas normativas, estas tendo por fundamento a Constituição. É razoável supor que haja uma relação entre cada classificação e o conceito adotado de serviço público.

Em nosso entendimento, é importante que a classificação reflita alguma utilidade prática para a consecução do raciocínio jurídico. Recorre-se, nesse sentido, à Eros Roberto Grau, que afirma que as classificações “não são verdadeiras ou falsas, porém úteis ou inúteis”.⁹⁷ Uma classificação terá utilidade se o objeto puder ser compreendido por meio dela.

Portanto, alinhado aos objetivos deste trabalho, entendemos que as classificações mais úteis sejam as baseadas nas normas da Constituição. Nessa perspectiva, uma divisão que compreendemos apropriada é aquela feita entre serviços públicos de natureza econômica e serviços públicos de natureza social. Conforme veremos no capítulo 3, essa classificação permitirá melhor sistematizar alguns elementos da teoria dos serviços públicos pelo critério constitucional, como titularidade, regime jurídico e previsão legal.

Pela sua influência sobre a dogmática jurídica, os princípios no Direito constituem um capítulo de essencial relevância. Com a força do constitucionalismo democrático e a normatividade assumida pelos princípios, toda a ordem jurídica passou a ser lida, interpretada e aplicada a partir deles.⁹⁸

⁹⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 422-423. José dos Santos Carvalho Filho defende que os serviços públicos estão e sempre estarão sob a titularidade das pessoas federativas, sendo ela irrenunciável e insuscetível de transferência para qualquer outra pessoa, ou seja, o alvo da descentralização é tão somente a transferência da execução do serviço (delegação), e nunca a de sua titularidade. O autor alude a duas formas básicas de descentralização: a que se efetiva por meio de lei (delegação legal), e a que se dá por negócio jurídico de direito público (delegação negocial). CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 364-365.

⁹⁶ CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 68-72.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 88.

⁹⁸ Autor bastante utilizado no direito brasileiro, para Robert Alexy, regras e princípios são normas jurídicas, porque ambos dizem o que deve ser. Nesse sentido, buscando uma diferenciação entre as duas espécies, afirma o jurista que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades

O direito administrativo, como qualquer ramo do Direito, tem seus princípios próprios. De igual modo, os serviços públicos, como categoria jurídica ampla, também os possuem. Na medida em que há princípios explícitos e implícitos, gerais e específicos, sua precisa determinação é tarefa sempre difícil, e varia inevitavelmente entre os autores. Vejamos alguns princípios aplicáveis aos serviços públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona dez princípios aos quais se sujeita o serviço público. Devido à sua ampla representatividade e abrangência, seguem eles: i) dever inescusável do Estado de promover-lhes a prestação; ii) princípio da supremacia do interesse público; iii) princípio da adaptabilidade; iv) princípio da universalidade (alguns chamam de princípio da generalidade); v) princípio da impessoalidade (alguns chamam de princípio da igualdade); vi) princípio da continuidade; vii) princípio da transparência; viii) princípio da motivação; ix) princípio da modicidade das tarifas; e x) princípio do controle (externo e interno) sobre as condições de sua prestação.⁹⁹ Augusto Neves Dal Pozzo acrescenta dois outros princípios não mencionados: i) princípio da cortesia; e ii) princípio da regularidade.¹⁰⁰¹⁰¹

O art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre concessão e permissão de serviços públicos, traz o conceito de “serviço adequado”, como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona o princípio da mutabilidade do regime jurídico.¹⁰² Para a autora, tal princípio “autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo”. Nesse contexto, servidores públicos, usuários dos serviços e contratados pela Administração não têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico.¹⁰³

jurídicas e fáticas existentes. Por conseguinte, são *mandamentos de otimização*. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87 e 90.

⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 82-85.

¹⁰⁰ POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 106-109.

¹⁰¹ Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho falam em *requisitos do serviço público* ou *de utilidade pública*, que são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a Administração deve ter sempre presentes: princípios da permanência, da generalidade, da eficiência, da modicidade e da cortesia. MEIRELLES, Hely Lopes e FILHO, José Emmanuel Burle. Direito administrativo brasileiro. 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 435.

¹⁰² Denominado por outros autores princípio da adaptabilidade, mutabilidade ou atualidade. O art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.987/1995 prescreve que a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 141.

Os princípios dos serviços públicos, além de sua utilidade e necessidade para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, são de observância obrigatória pelos entes titulares e terceiros prestadores, sob vigilância e regulação do Estado. Associados aos princípios, existem os direitos dos usuários, espécie de poder que a ordem jurídica concede aos beneficiários dos serviços de exigir que as regras e princípios estabelecidos sejam cumpridos pela Administração ou seus delegatários.¹⁰⁴

¹⁰⁴ O art. 7º da Lei nº 8.987/1995 estabelece os direitos e obrigações dos usuários dos serviços prestados sob os regimes de concessão e permissão. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) também se aplica, no que couber, conforme doutrina e jurisprudência, à relação entre usuário de serviço público e prestador privado. Recentemente, de conteúdo bem abrangente, sobreveio a Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário de serviços públicos da administração pública.

3. O conceito de Serviço Público na Constituição Federal

3.1. Considerações Iniciais

No capítulo precedente, apresentamos um conjunto de teorias, conceitos, análises comparativas, classificações e princípios relacionados aos serviços públicos, onde se ressaltou a influência da doutrina francesa sobre a consolidação do tema no direito administrativo brasileiro.¹⁰⁵ Os serviços públicos foram concebidos como fator de integração social, com atribuição de responsabilidade por sua prestação ao Estado e individualização de seu regime jurídico. Vimos que a conformação do conceito de serviço público na doutrina e sua evolução derivou de três critérios básicos - subjetivo, material e formal.

Embora se deva conferir o devido valor às teorias externas, sua incorporação à realidade de outro país não deve ser realizada sem questionamentos ou adaptações. O papel do Estado e suas formas de intervenção se relacionam às opções políticas de cada sociedade, refletidas ao final em suas normas. Tendo em vista a conveniência da assimilação de institutos por meio do direito positivo, é que este trabalho tem por proposição obter um conceito de serviço público a partir das normas constitucionais, ou seja, no contexto do ordenamento brasileiro. Trata-se, portanto, de uma opção metodológica que privilegia o conceito normativo ao invés do doutrinário.

Como a Constituição contém uma disciplina bastante vasta dos serviços públicos, suas normas serão interpretadas com a consideração de alguns elementos fundamentais das teorias explanadas no capítulo 2, objetivando, ao final, caracterizar e conceituar o serviço público a partir de seu núcleo constitucional.

Este capítulo será subdividido em quatro tópicos: 3.2 - Normas constitucionais do Serviço Público: abrangência, competência, ordem econômica e ordem social; 3.3 - Elementos fundamentais para a construção do conceito de Serviço Público: titularidade, regime jurídico e previsão legal; 3.4 - Conceito proposto de Serviço Público a partir da Constituição Federal; 3.5 - O novo papel do Estado e o conceito de Serviço Público.

3.2. Normas constitucionais do Serviço Público: abrangência, competência, ordem econômica e ordem social

A Constituição brasileira atribui ao Estado condição primordial na promoção de direitos fundamentais e concretização do desenvolvimento econômico e social. Esse fato é logo

¹⁰⁵ Recorde-se que o direito brasileiro pertence à família da *civil law*, a mesma do direito francês, fator que contribuiu para essa maior aproximação.

constatado em seu art. 1º, quando ela estabelece que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. No art. 3º, são traçados objetivos fundamentais para o Estado, como garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. A Constituição reconhece uma série de direitos sociais, de caráter prestacional, em seu art. 6º. A presença de um Estado garantidor de atividades essenciais ao interesse público e ao bem-estar coletivo é um consectário lógico do modelo constitucional adotado no Brasil.

São várias as normas da Constituição que fazem referência aos serviços públicos. O primeiro requisito para a construção de um conceito constitucional é conhecê-las e interpretá-las adequadamente. Considerando sua densidade normativa, é da lei fundamental que devem derivar as principais teses explicativas dos serviços públicos. Observe-se que, embora a Constituição institua algumas atividades como dever do Estado, e trate de fixar uma divisão de competências entre os entes, ela não traz, em nenhuma parte de seu texto, um conceito de serviço público, tarefa que sempre coube à doutrina formular.

Neste tópico, trataremos de identificar e organizar de forma sistemática as normas constitucionais que se relacionam aos serviços públicos, primeiro passo para a obtenção de um conceito normativo. Para facilitar a análise, dividiremos nossa abordagem em quatro subtópicos: abrangência, competência, ordem econômica e ordem social.

3.2.1. Abrangência

Um primeiro aspecto a ser considerado na identificação dos dispositivos constitucionais relacionados aos serviços públicos é o de sua abrangência. É primordial que haja algum critério que permita categorizar, entre as inúmeras atividades que a Constituição relaciona, quais são serviços públicos.¹⁰⁶ Para esse propósito, mostra-se bastante propícia a classificação que diferencia os serviços públicos em sentido amplo e sentido restrito.

Se adotarmos uma concepção muito ampla de serviço público, a Constituição teria de ser analisada detalhadamente em diversos de seus artigos, para que fosse extraído, de cada um deles, o sentido pretendido pela norma. Para se ter uma ideia, a palavra “serviço(s)” aparece no texto constitucional 146 vezes, enquanto a expressão “serviço(s) público(s)” surge 36 vezes.

¹⁰⁶ Alexandre Santos de Aragão, após separar as atividades que integram, sem maior controvérsia, as esferas pública e privada, sobre os serviços públicos conclui: “O mesmo não se dá com os serviços públicos, atividades econômicas *lato sensu*, que não têm ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção dos liames sociais, tomar a atividade como sua.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 112.

Seria trabalhoso, e desprovido de efeito prático, localizar todas as normas constitucionais que mencionam qualquer atividade ou função estatal. O problema fica evidente quando se percebe que existem na Constituição várias espécies de normas, como as programáticas, as que tratam de poder de polícia, as de fomento e incentivo, as tributárias, as relacionadas a serviços ou órgãos administrativos, as que determinam competências legislativas e materiais, as que tratam da soberania do país, etc, que poderiam, sem um critério rigoroso, acabarem confundidas ou associadas com os serviços públicos.¹⁰⁷

Nesse sentido, é que entendemos, seguindo parte da doutrina, que a concepção restrita de serviço público é a que melhor se adequa à finalidade de conceituação. Pela acepção restrita, ficam excluídas do conceito de serviço público as funções legislativa e jurisdicional. Além disso, a prestação de serviço público seria uma das funções administrativas do Estado, que se distinguiria do poder de polícia, do fomento e da intervenção.¹⁰⁸ Também estariam de fora do conceito restrito aquelas atividades que se relacionam mais proximamente com o Poder Público¹⁰⁹, indelegáveis aos particulares, como a militar, a diplomática e a de segurança pública, e os serviços administrativos internos.

No entanto, para que a acepção restrita de serviço público possa ser mais bem caracterizada, falta a presença de um requisito determinante. Entendemos que o conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello contém esse elemento fundamental, qual seja, tratar-se de uma atividade material que possibilite satisfazer necessidades ou utilidades públicas individualmente fruíveis pelos administrados.¹¹⁰ Esse requisito possui conexão com a ideia de “serviço público específico e divisível”. Por esse critério, ficariam excluídas do conceito restrito as prestações genéricas, ou seja, aquelas

¹⁰⁷ Alexandre Santos de Aragão menciona dezenas de dispositivos constitucionais relacionados com os serviços públicos. Como exemplo, cita que a Constituição estabelece, em normas programáticas, obrigações do Estado em relação ao desenvolvimento urbano (art. 182), à cultura (art. 215), ao desporto e ao lazer (art. 217), à ciência e à tecnologia (art. 218), ao meio ambiente, (art. 225), à proteção da família (art. 226) e à proteção dos índios (art. 231). Após mencionar os dispositivos constitucionais relacionados com os serviços públicos, indaga: “A questão é saber se todas essas obrigações jurídicas devem ter a sua execução material considerada como prestação de serviço público, ou se apenas uma parte delas deve sê-lo”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 112-120.

¹⁰⁸ Odete Medauar, ao tratar da terminologia do serviço público, faz o seguinte apontamento: “*Serviço público*, como um capítulo do direito administrativo, diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo. E refere-se à *atividade prestacional*, em que o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva, como exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano. As atividades-meio (por exemplo: arrecadação de tributos, serviços de arquivo, limpeza de repartições, vigilância de repartições) não se incluem na acepção técnica de serviço público”. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315.

¹⁰⁹ Esses seriam os serviços próprios do Estado, na classificação adotada por Hely Lopes Meirelles. MEIRELLES, Hely Lopes e FILHO, José Emmanuel Burle. Direito administrativo brasileiro. 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 430.

¹¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 75-77 e 81.

atividades em que não é possível identificar com precisão os beneficiários do serviço (atividades *uti universi*).¹¹¹

3.2.2. Competência

Estabelecida no subtópico anterior a concepção restrita de serviço público como critério indicado para definir sua abrangência, torna-se agora mais simples localizar, entre as normas da Constituição, quais são os serviços públicos e os respectivos entes competentes a quem eles são atribuídos.¹¹²

São serviços públicos de competência da União os arrolados no art. 21, incisos X a XII, como segue.

Art. 21. Compete à União:

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

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;

Os serviços acima são considerados, pela doutrina majoritária, de titularidade exclusiva do Estado, no caso da União, o que não significa que não possam ser prestados, mediante delegação, por entidades particulares. Os serviços do art. 21 possuem características típicas de atividade econômica (na lição já vista de Eros Grau, “serviço público” é considerado espécie

¹¹¹ Odete Medauar também se filia à ideia de que serviço público significa prestações, atividades que propiciam diretamente benefícios e bens aos administrados. Porém, em termos de abrangência, a professora inclui tanto as prestações específicas para determinados indivíduos (água, telefone), quanto prestações genéricas (iluminação pública, limpeza de ruas). MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 316. Por outro lado, Alexandre Santos de Aragão propõe um conceito constitucional, afirmando ser inconveniente colocar sob a mesma rubrica atividades muito diferentes, os serviços *uti universi* e *uti singuli*, cujos regimes jurídicos têm pouco ou nada em comum. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 129. José dos Santos Carvalho Filho lembra que a diferença entre os serviços *uti universi* e *uti singuli* está em que nos primeiros os indivíduos não têm direito subjetivo próprio à sua obtenção, enquanto os serviços singulares criam direito subjetivo quando o indivíduo se mostra em condições técnicas de recebê-los. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 342-343.

¹¹² Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que são obrigatoriamente públicos os serviços que a Lei Magna declarou competirem ao Poder Público. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 88.

do gênero “atividade econômica em sentido amplo”), passíveis, portanto, de cobrança dos usuários por meio de preço público ou tarifa.¹¹³¹¹⁴

De competência comum entre os entes federativos encontram-se os serviços públicos de saúde, educação e assistência social (art. 23 da Constituição). Mencione-se também como serviço público comum a previdência social. A Constituição prevê essas espécies entre os arts. 196 e 214. São serviços de cunho essencialmente social, de responsabilidade do Poder Público e titularidade não exclusiva do Estado.¹¹⁵

A Constituição também estabelece, em seu art. 30, um conjunto de competências dos Municípios. Com relação aos serviços públicos, cumpre destacar os incisos abaixo.

Art. 30. Compete aos Municípios:

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Ao contrário das competências da União, que são taxativas, em relação à competência municipal, a Constituição utilizou um conceito aberto, o de serviços públicos de interesse local. Desse modo, caberá ao legislador municipal, observadas as circunstâncias e necessidades coletivas de cada localidade, publicizar ou qualificar certas atividades como serviço público.¹¹⁶

¹¹³ Exceto quando subsidiados ou pagos pelo Poder Público, os serviços do art. 21 delegados à iniciativa privada são usualmente remunerados pelos usuários.

¹¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello defende duas peculiaridades do texto constitucional. A primeira, que o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, inciso X) só podem ser prestados pelo próprio Estado, ou seja, não podem ser delegados para o setor privado. A segunda, que os serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens têm que ser tanto prestados pelo Estado quanto oferecidos em concessão, permissão ou autorização, tendo em vista o disposto no art. 223. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89-90.

¹¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello identifica taxativamente os serviços públicos como as atividades previstas no art. 21, incisos X a XII, mais os serviços de educação, saúde, previdência social e assistência social. A classificação sugerida pelo autor (ver tópico 2.6) tem por critério o tratamento dado pela Constituição a esses serviços. *Ibidem*, p. 88-89.

¹¹⁶ Quando a Constituição se refere a “interesse local”, ela abre um leque de possibilidades para que atividades de diversos matizes sejam enquadradas como serviço público de competência municipal, ou seja, os municípios os prestam no atendimento de seus próprios interesses. Um dos serviços mais relevantes para a população é o do saneamento básico. A Constituição se silencia sobre quem é competente para prestar esse serviço. Coube à doutrina e à jurisprudência debaterem o tema. Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz diz: “Diante desta omissão, surgiram diversos entendimentos, desde que a prestação dos serviços de saneamento básico seriam de incumbência dos municípios ou, por outro lado, seriam de competência dos Estados, a partir das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (constituídas pelos Estados, conforme art. 25, § 3º, da Constituição Federal e formadas pelos municípios)”. O entendimento que hoje prevalece é que a competência do saneamento básico é municipal, por se referir a interesse local, embora institutos previstos na Constituição, como a gestão associada, os consórcios públicos, os convênios de cooperação e as aglomerações urbanas, permitem a conjunção de esforços entre Estados e Municípios para sua prestação. LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. *Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 143 e 149.

Aos Estados, ficaram reservados os serviços locais de gás canalizado, além daqueles que decorrem do exercício de sua competência residual (art. 25, §§ 1º e 2º).¹¹⁷

§ 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Por fim, no art. 145, inciso II, a Constituição estabelece como fato gerador da instituição de taxas, por qualquer ente da Federação, a utilização, pelo contribuinte, de serviços públicos específicos e divisíveis.

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Os principais serviços públicos, portanto, encontram-se expressamente elencados na Constituição, o que demonstra que a qualificação de serviço público conferida a essas atividades foi produto da liberdade de escolha do constituinte (art. 21, incisos X a XII, serviços locais de gás canalizado, serviços de transporte coletivo e os serviços sociais de saúde, educação, previdência social e assistência social). Outros serviços públicos aparecem em conceitos abertos e genéricos (serviços públicos de interesse local, serviços públicos específicos e divisíveis, competência residual dos Estados), de modo que exigem conformação legislativa. Ademais, é razoável consentir com a tese de que novos serviços públicos possam ser criados por emenda constitucional ou por meio da legislação infraconstitucional.¹¹⁸

A partir do conceito restrito adotado e da identificação dos serviços públicos no texto constitucional, com a respectiva divisão de competências, para fins metodológicos, mostra-se pertinente a classificação que separa os serviços públicos de natureza econômica dos serviços públicos de natureza social.¹¹⁹ Nessa perspectiva, a análise de sua disciplina pode ser melhor

¹¹⁷ Por força do art. 25, § 1º, da Constituição, são reservados aos Estados os serviços públicos que não estejam previstos de modo expresse sob a competência da União ou dos Municípios. Exemplo típico é o do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, nos limites do Estado.

¹¹⁸ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a criação feita por lei de um serviço público corresponde a uma opção do Estado. Este assume a execução da atividade, que, por sua importância para a coletividade, não se mostra conveniente ficar na dependência da iniciativa privada. A autora também menciona que a gestão do serviço público passa a ser incumbência do 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”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 136-137.

¹¹⁹ José dos Santos Carvalho Filho diferencia serviços sociais de serviços econômicos. “*Serviços sociais* são os que o Estado executa para atender aos reclamos sociais básicos e representam ou uma atividade propiciadora de comodidade relevante, ou serviços assistenciais e protetivos”. “De outro lado, os *serviços econômicos* são aqueles que, embora classificados como *serviços públicos*, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua

conduzida separando as normas constitucionais que tratam da ordem econômica daquelas que tratam da ordem social.

3.2.3. Ordem econômica

Entre os dispositivos mais importantes da ordem econômica¹²⁰ na Constituição estão os arts. 170 a 181, relativos ao capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Para uma compreensão adequada e útil desses artigos, recorre-se à classificação elaborada pelo professor Eros Roberto Grau, já referida no tópico 2.6, que considera os “serviços públicos” e as “atividades econômicas em sentido estrito” como espécies do gênero “atividades econômicas em sentido amplo”. Na sequência, serão comentados os arts. 170, 173 a 175, e 177 da Constituição.

A norma genérica que trata dos serviços públicos é o art. 175, que 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. Consta de seu parágrafo único sobre o que disporá a lei. Pela classificação adotada, o art. 175 se refere aos serviços públicos de natureza econômica, ou seja, serviços cuja titularidade é exclusiva do Estado. Observe-se que, além de o artigo se encontrar dentro do Título VII da Constituição, que trata da ordem econômica e financeira, seu texto menciona expressamente a possibilidade de prestação indireta por meio de delegação (regime de concessão ou permissão). O art. 175 aplica-se indistintamente a todos os entes federativos. A regulamentação básica desse dispositivo encontra-se na Lei nº 8.987/1995.

Os serviços públicos de natureza social, de titularidade estatal não exclusiva, não estão compreendidos na regra do art. 175. Para eles, existem normas próprias, específicas, previstas nos artigos que tratam de saúde, educação, previdência social e assistência social, conforme será explicado mais adiante.

O art. 173 afirma que, ressalvados os casos previstos na 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. Esse artigo permite que, nas excepcionais condições nele estabelecidas, entes estatais exerçam atividades econômicas em sentido estrito.

execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial)”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 343.

¹²⁰ O professor Eros Roberto Grau discorre sobre a ordem econômica no Capítulo 2 de seu livro “A ordem econômica na Constituição de 1988”. Ao dissertar sobre o assunto, qualifica a ordem econômica - no sentido jurídico, ou seja, do mundo do dever-ser - como parcela da ordem jurídica. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 66.

O campo de liberdade para o exercício de atividades que não sejam serviços públicos é direcionado, de modo preferencial, às entidades particulares. Apenas residualmente, como exceção, o Estado poderá legitimamente explorar atividade econômica de modo direto, e ainda assim quando o legislador fizer essa opção, desde que a atividade permitida se enquadre nos conceitos jurídicos abertos de “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”.¹²¹

Ao contrário dos serviços públicos, que são individualizados na Constituição ou nas leis, as atividades econômicas em sentido estrito, em função de sua imensa diversidade, não são *a priori* determinadas. Mas aquelas a serem exploradas pelo Estado deverão ser estabelecidas ou fixadas em lei.¹²² Consistirão elas em um subconjunto das atividades econômicas onde será permitido o exercício empresarial do Estado.

Conforme o § 1º do art. 173, a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.¹²³ Os incisos que lhe seguem detalham o conteúdo a ser disposto pela referida lei.¹²⁴ Cumpre notar que as empresas estatais devem se sujeitar ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (cf. inciso II). O § 2º do mesmo artigo determina que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

Ao albergar tais regras, as empresas estatais e as sociedades privadas que vierem a explorar empresarialmente os mesmos segmentos deverão atuar de forma isonômica, sem privilégios, em regime de concorrência e sob regras de direito privado. Deveras, embora tenham de se submeter a algumas normas de direito público (concurso público, licitação, previsão

¹²¹ O art. 173 da Constituição positiva o que a doutrina chama de “princípio da subsidiariedade”, cujo significado deriva da concepção liberal de que somente excepcionalmente, e de modo reduzido, o Estado poderia auxiliar ou suprir a iniciativa privada no exercício da atividade econômica. Em relação a esse princípio, Marçal Justen Filho aduz: “O princípio da subsidiariedade impõe o dever de intervenção supletiva do Estado no domínio econômico, intervenção que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade”. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 767.

¹²² Marçal Justen Filho afirma que o desempenho direto pelo Estado de atividade no domínio econômico depende de autorização legislativa, quando não previsto na Constituição. Essa autorização normalmente está contida na própria Lei de criação da entidade administrativa dotada de personalidade jurídica de direito privado. *Ibidem*, p. 765.

¹²³ Eros Roberto Grau tece críticas à alteração do § 1º do art. 173 pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que incluiu no dispositivo referência antes não existente às empresas estatais prestadoras de serviços públicos, quando o art. 173 deveria se limitar às atividades econômicas em sentido estrito. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 99-103.

¹²⁴ Embora tardiamente, a Lei nº 13.303/2016 (estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias), de âmbito nacional, veio colmatar a falta da regulamentação prevista no art. 173 da Constituição. Verifica-se, de uma primeira leitura, que suas normas se aplicam a todas as empresas estatais, ou seja, as que exploram atividades econômicas de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços (econômicos), as que prestam serviços públicos, e as que atuam em atividade de monopólio da União.

orçamentária, fiscalização, etc)¹²⁵, as empresas estatais são criadas com personalidade jurídica de direito privado, o que as coloca mais próximas do regime das sociedades privadas.¹²⁶

O art. 174 determina que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. No que tange a esse artigo, a expressão “atividade econômica” é utilizada no sentido de “atividade econômica em sentido amplo”.¹²⁷

O art. 170 é o que inaugura o capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica¹²⁸. Sendo os princípios normas jurídicas de grande destaque, são fundamentais na orientação do intérprete e aplicador do Direito¹²⁹. No que concerne a esse artigo, toda a atividade econômica (gênero), inclusive os serviços públicos desenvolvidos pelo Estado, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios nele inscritos.¹³⁰ A Constituição determina que o livre exercício de qualquer atividade econômica,

¹²⁵ Marçal Justen Filho lembra que as empresas estatais, no seu funcionamento, estão subordinadas ao regime de direito público, “justificado pela natureza funcional de sua atuação e na origem estatal dos recursos que movimentam”. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 772.

¹²⁶ O instrumento jurídico que o Estado utiliza para exercer atividades econômicas em sentido estrito são as empresas estatais, gênero do qual fazem parte as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nos termos do art. 37, inciso XIX, da Constituição, somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública e de sociedade de economia mista, o que introduz a reserva legal com relação à permissão de exploração estatal de atividade econômica.

¹²⁷ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 103.

¹²⁸ O art. 170 da Constituição estabelece os seguintes princípios: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País. Sobre o tema, expõe Irene Patrícia Nohara: “Do ponto de vista constitucional, o título da ordem econômica e financeira adota, além dos mencionados objetivos de ordem mais “liberal”, que se voltam para a proteção da propriedade privada e da livre concorrência, acentuado padrão social em que é marcante a preocupação, por exemplo, com: a função social da propriedade, a defesa do consumidor, o meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego”. NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 598.

¹²⁹ Karl Larenz define os princípios como normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento. LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1979, p. 26 *apud* ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 56.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 104.

salvo se previsto em lei, independe de autorização de órgãos públicos (art. 170, parágrafo único).¹³¹

Por fim, o art. 177 trata das atividades que constituem monopólio da União. Caracteriza um monopólio a exploração de determinada atividade econômica por um único agente, não se admitindo a entrada de outros competidores. O art. 177 relaciona algumas atividades ligadas ao petróleo, gás natural e seus derivados, e também aos minérios e minerais nucleares e seus derivados (espécies de atividades econômicas em sentido estrito).¹³² A doutrina entende que o legislador infraconstitucional não poderia ampliar as hipóteses de monopólio estatal previstas nesse artigo.¹³³

Da interpretação sistêmica das normas constitucionais que tratam dos serviços públicos de natureza econômica e das atividades econômicas em geral (arts. 21, 25, 30, 170, 173 a 175, 177), pode-se concluir que a atuação do Estado ocorre em três áreas distintas: a) nos serviços públicos, nos termos do art. 175, em caráter de exclusividade, podendo sua execução ser direta ou indireta, esta última por meio de concessão ou permissão. São os serviços previstos no art. 21, incisos X a XII, de competência da União, no art. 25, § 2º, de competência dos Estados, e no art. 30, inciso V, de competência dos Municípios; b) nas atividades econômicas precipuamente reservadas à iniciativa privada, nos termos do art. 173, limitando-se aos casos, justificados em lei, de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, exploradas por empresas estatais, em regime jurídico próprio das empresas privadas, mas sujeitas a certas derrogações de direito público; e c) nas atividades econômicas em que o Estado atua em caráter de monopólio, conforme definido no art. 177 da Constituição.

Para a finalidade de um conceito constitucional de serviço público, importa a primeira das três espécies de atividade econômica referidas no parágrafo acima. Porém, como se infere deste subtópico, tão fundamental quanto reconhecer a categoria dos serviços públicos, é saber

¹³¹ Esse dispositivo, em conjunto com outros, foi regulamentado pela Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador.

¹³² O monopólio integral da União sobre a pesquisa, lavra, refino, importação, exportação e transporte de petróleo e seus derivados foi encerrado com a edição da Emenda Constitucional nº 9/1995, que alterou o § 1º do art. 177, o qual passou a permitir que a União contrate com empresas estatais ou privadas a realização dessas atividades. A Emenda Constitucional nº 49/2006 também criou situações de exceção ao monopólio da União em relação aos materiais nucleares (art. 177, inciso V, c/c art. 21, inciso XXIII, alíneas “b” e “c”).

¹³³ Os serviços postais são também explorados pela União em regime de monopólio, por meio dos Correios (empresa pública), nas condições que a Lei nº 6.538/1978 estabelece, cuja recepção pela Constituição foi confirmada pelo STF no julgamento da ADPF nº 46. No entanto, cabe observar que o serviço postal é serviço público, e não atividade econômica no sentido do art. 177.

diferenciá-la das demais atividades econômicas executadas pelo Estado, bem como avaliar o correto alcance de cada artigo da ordem econômica constitucional.¹³⁴

3.2.4. Ordem social

Passemos aos serviços públicos na ordem social. Além da atuação no campo econômico, o Estado também tem como obrigação prestar serviços públicos sociais (arts. 196 a 214), em caráter de não exclusividade, sendo tais serviços, por expressa disposição constitucional, livres à iniciativa privada, cabendo ao Estado, neste último caso, o dever de regulamentar a prestação e fiscalizar o prestador.¹³⁵

Conforme se extrai da Constituição, são serviços públicos de natureza social as atividades de saúde, educação, previdência social e assistência social. Cabe observar que a prestação de todos esses serviços, além de ser um dever do Estado, visa satisfazer necessidades individuais e diretas dos usuários (serviços *uti singuli*).¹³⁶ Ao lado de constituir uma obrigação estatal, a Constituição permite que os serviços sociais sejam prestados pelo setor privado, como se constata nos artigos abaixo.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:¹³⁷

¹³⁴ Eros Roberto Grau afirma que a Constituição aparta *atividade econômica de serviço público*, conferindo a ambos tratamento peculiar. Mais ainda, que é inquestionável a necessidade de distinguirmos as duas, no quadro da Constituição de 1988. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 97.

¹³⁵ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 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. São tratados no capítulo da ordem social e objetivam atender aos direitos sociais do homem, considerados direitos fundamentais pelo art. 6º da Constituição. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 144.

¹³⁶ Alexandre Santos de Aragão alerta que o Estado, quando presta serviços públicos sociais, o faz gratuitamente ou de forma subsidiada. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147. De fato, quando os serviços sociais são prestados pela iniciativa privada com fins lucrativos, eles se tornam atividades econômicas comuns. Nada impede, porém, que esses serviços sejam prestados sem finalidade lucrativa, pelo terceiro setor.

¹³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que, nos casos dos serviços de saúde e educação, a Constituição afirma que eles “são livres à atividade privada”. Para a assistência social, ela expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão e permissão. E para a previdência social, pressupõe uma

Um traço que distingue os serviços públicos sociais dos serviços públicos econômicos encontra-se em que a prestação por entidades privadas dos primeiros independe de delegação (concessão ou permissão), bastando que haja autorização do Poder Público para que a iniciativa privada possa atuar, ficando ela sujeita a controle e regulamentação do Estado, em exercício típico de poder de polícia.

Do ponto de vista conceitual, a principal dúvida relacionada às atividades sociais é se elas continuam a pertencer à categoria dos serviços públicos quando exercidas por particulares. A doutrina majoritária entende que não, ou seja, que essas atividades, embora atendam às necessidades coletivas, se sujeitam ao regime jurídico de direito privado quando prestadas pelo setor privado, que visa lucratividade, mesmo que dependa de autorização especial do Poder Público e se submeta a maior regulação e controle estatais.¹³⁸ É o caso, por exemplo, dos serviços de educação e saúde, quando prestados por sociedades empresárias de modo profissional e organizado.

atuação “complementar” da iniciativa privada. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86.

¹³⁸ Vejamos alguns doutrinadores que acolhem essa tese. Alexandre Santos de Aragão diz que essas atividades devem ser denominadas em seu conjunto como “serviços compartilhados”, ou seja, quando exploradas pelos particulares, são atividades econômicas privadas (ou, na nomenclatura do autor, atividades econômicas de interesse público ou regulamentadas), e, quando exploradas pelo Poder Público, são serviços públicos sociais, espécie do gênero serviço público, cuja característica é a inexistência da reserva de titularidade estatal. O autor cita, recorrendo à Constituição, o exemplo dos serviços de saúde. Quando prestados pelo Estado, ela menciona “serviços públicos de saúde” (art. 198). Mas se vale da nomenclatura de “serviços de relevância pública” quando se refere aos casos em que a saúde é prestada pela iniciativa privada (art. 197). ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147 e 150. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, quando prestados pelo Estado, esses serviços não exclusivos (saúde, educação, previdência social e assistência social) são considerados serviços públicos próprios, e quando prestados por particulares, serviços públicos impróprios, sujeitando-se a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. De acordo com a autora, a categoria de serviço público impróprio não constitui serviço público em sentido jurídico. Em sua opinião, são atividades privadas dependentes de autorização do Poder Público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 142 e 145. Augusto Neves Dal Pozzo afirma que tais serviços [sociais] são atividades econômicas muito lucrativas, que devem ser controladas pelo poder de polícia estatal, mas não se encontram subordinadas ao regime jurídico de direito público. Para efeitos jurídicos, elas não podem receber o designativo “públicas”, por não se encontrarem sob a titularidade estatal, mas dos particulares que prestam efetivamente o serviço, em um regime jurídico de direito privado. POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 87. Odete Medauar menciona como uma das tipologias de serviços públicos os que são assim considerados somente se o Poder Público os assume, o que possibilita entender que a autora se referiu aos serviços públicos sociais. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 318. Marçal Justen Filho afirma que, no título da Ordem Social da Constituição, inúmeros dispositivos reconhecem autonomia aos particulares para explorarem, sob regime de direito privado, atividades que também são configuradas como serviços públicos. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 641. Encampando tese contrária, o professor Eros Roberto Grau vê como insustentável a premissa de que a mesma atividade caracteriza ou deixa de caracterizar serviço público conforme esteja sendo empreendida pelo Estado ou pelo setor privado. Conclui afirmando que serviços de educação e saúde, quer estejam sendo prestados pelo Estado, quer por particulares, configuram serviço público. A única distinção que o autor faz entre serviços públicos privativos e não privativos (nomenclatura por ele utilizada) é que os segundos podem ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 118-119.

Entendemos, com a linha dominante, que apenas faz sentido qualificar como serviço público as atividades sociais quando forem elas exercidas pelo próprio Estado, por qualquer dos entes competentes. Ao contrário dos serviços públicos econômicos, em que a Administração Pública assume um poder-dever maior no sentido de organizar a prestação dos serviços e controlar sua execução pelos agentes privados, nos serviços públicos sociais, são suficientes a adoção de medidas regulatórias e a atuação do poder de polícia. Além disso, na exploração dos serviços sociais, o setor privado atuará em regime de livre iniciativa e concorrência, sob normas de direito privado, e gestão independente do setor público.¹³⁹

Resumindo, ao longo deste tópico, mostramos o conjunto de normas da Constituição que tratam dos serviços públicos. Adotamos como critério delimitador de abrangência a concepção restrita. A partir desse recorte, encontramos todos os serviços públicos que o texto constitucional relaciona, e a repartição de competências correspondente. Em seguida, buscamos interpretar as normas que tratam da ordem econômica e da ordem social, no sentido de identificar as regras reservadas ao serviço público. Como será visto no tópico 3.4, essas conclusões serão determinantes para o conceito de serviço público a ser proposto.

3.3. Elementos fundamentais para a construção do conceito de Serviço Público: titularidade, regime jurídico e previsão legal

No tópico que ora se inicia, pretendemos discutir e consolidar algumas premissas fundamentais sobre três aspectos relevantes da teoria dos serviços públicos, debatidos pela doutrina. Trata-se da titularidade, do regime jurídico e da previsão legal. O conceito que se planeja construir a partir do critério normativo depende, em larga medida, do preciso delineamento desses três elementos. Faremos, assim, sua específica leitura tendo como enfoque as normas constitucionais.

3.3.1. Titularidade do Serviço Público

A prestação de serviços públicos sempre foi considerada uma obrigação estatal, tendo em vista a essencialidade dessa espécie de atividade e a inconveniência de deixá-la com a

¹³⁹ Mesmo que se adote esse entendimento, permanecem dúvidas quanto ao enquadramento desses casos nos tipos de atividade econômica. A exigência de uma regulação pública mais forte sobre os prestadores privados, somada ao interesse coletivo preponderante, pode dar a essas atividades uma qualidade diferenciada, de modo que sua classificação, como meros empreendimentos econômicos comuns, não seja adequada. Fala-se então, nessas situações, em atividades privadas de interesse público ou regulamentadas (Alexandre Santos de Aragão) ou em serviços públicos impróprios (Maria Sylvia Zanella Di Pietro). Conforme nomenclatura do primeiro autor, “são atividades da iniciativa privada para as quais a lei, em face da sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 153-154.

iniciativa privada. Quando a lei coloca determinado serviço público sob a responsabilidade do Estado, atribui a ele a titularidade desse serviço. Constitui um dever do titular do serviço público disponibilizá-lo à sociedade pelos adequados meios jurídicos previstos.¹⁴⁰ Na Constituição Federal, conforme já visto, a norma geral que fundamenta a prestação de serviços é o art. 175.

A titularidade é definida por lei para cada ente federativo, de modo exclusivo/privativo ou em comum. Assim, os serviços previstos no art. 21, incisos X a XII, são de responsabilidade exclusiva/privativa da União.¹⁴¹ Por outro lado, serviços como educação e saúde são atribuídos a todos os entes da Federação em conjunto.¹⁴²

Conforme conhecida classificação proveniente da doutrina, a titularidade dos serviços públicos se divide em exclusiva e não exclusiva do Estado. Apenas no segundo caso a Constituição prevê a liberalização dessas atividades à iniciativa privada.¹⁴³ Os serviços de competência da União do art. 21, incisos X a XII, os de gás canalizado dos Estados (art. 25, § 2º), e os de transporte coletivo e de interesse local dos Municípios (art. 30, inciso V) são exemplos de serviços exclusivos, enquanto os de saúde, educação, previdência social e assistência social são considerados não exclusivos. Afirmado de outro modo, nos termos da Constituição, os serviços públicos de natureza econômica são de titularidade exclusiva, enquanto os serviços públicos de natureza social são de titularidade não exclusiva.

A titularidade do serviço público não se confunde com a titularidade da prestação do serviço público. Os serviços exclusivos podem ser prestados diretamente pelo Estado, por meio de seus órgãos ou por entidades de sua criação¹⁴⁴, ou repassados a entidades privadas, pelos

¹⁴⁰ “A titularidade de serviços públicos corresponde às prerrogativas instrumentais necessárias à sua prestação. Ser titular de um serviço público significa ter o dever de disponibilizar o serviço à população e ser dotado dos meios jurídicos para promover sua realização”. Traduz-se em deveres e prerrogativas de *organização, regulação e operação*, e, como qualquer competência, é irrenunciável. FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 67-68.

¹⁴¹ O art. 21, inciso XII, alínea “b”, diz que a exploração do aproveitamento energético dos cursos de água será realizada em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos. Entende-se, nesse caso, que a titularidade continua exclusiva da União, embora a prestação envolva a articulação desta com os Estados interessados.

¹⁴² Em relação à educação, o *caput* do art. 205 faz menção ao “dever do Estado”, de modo genérico. O *caput* do art. 211 estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino, enquanto seus parágrafos definem a repartição entre os entes das funções estatais na área. Em relação à saúde, o *caput* do art. 196 também menciona “dever do Estado”. O art. 198, § 1º, afirma que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. O § 2º define os recursos mínimos de aplicação, por todos os entes federados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde.

¹⁴³ Augusto Neves Dal Pozzo defende que a titularidade do serviço público será sempre do Estado, sendo impróprio falar em titularidade exclusiva ou não exclusiva. POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 121.

¹⁴⁴ Como as autarquias, fundações e empresas estatais prestadoras de serviços público.

instrumentos da concessão ou permissão.¹⁴⁵ Mesmo que assentido que serviços públicos possam ser executados por entidades particulares, a titularidade do serviço mantém-se com o Estado. A opção por executar diretamente ou delegar a terceiros a prestação dos serviços exclusivos encontra-se no campo das escolhas governamentais.

Observando as normas da Constituição, é possível concluir que quase todos os serviços públicos podem ser prestados por pessoas privadas. No entanto, subsistem diferenças importantes entre os serviços exclusivos e não exclusivos. No primeiro caso, o particular dependerá de uma outorga estatal, além de atender a normas obrigatórias de caráter público. No serviço não exclusivo, a outorga ao prestador se torna desnecessária, e o regime jurídico aplicável aos particulares é o de direito privado.¹⁴⁶

A questão mais significativa a ser tratada com relação à titularidade dos serviços públicos, cuja resposta terá consequências no conceito a ser apresentado no tópico 3.4, é em relação à interpretação conjunta dos arts. 21, incisos XI e XII, e 175 da Constituição Federal. O primeiro artigo, nos dois incisos, ao se referir à exploração indireta por terceiros dos serviços de competência da União, utiliza as expressões autorização, concessão e permissão, como formas alternativas de prestação. O art. 175, por outro lado, apenas menciona duas formas de delegação de serviço público, concessão e permissão. Cabe destacar que os dois artigos são relativos aos serviços públicos econômicos, ou seja, exclusivos do Estado.

Para conciliar os dois dispositivos constitucionais, e obter a interpretação mais adequada, três questões precisam ser respondidas. A primeira, se é possível, tendo em vista a ausência de previsão no art. 175, que um serviço público seja autorizado para prestação por pessoa privada. A segunda, sobre a natureza jurídica da autorização, e no que ela se diferencia das outras duas formas previstas, concessão e permissão. A terceira, se a titularidade ainda se mantém com o Poder Público nos casos de se admitir que o serviço público seja autorizado.

Vejamos alguns posicionamentos da doutrina quanto à perspectiva geral das autorizações de serviços públicos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a normalidade da

¹⁴⁵ Sobre titularidade do serviço e da prestação, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona: “Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo ou por entidade sua como poderá *promover-lhes* a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e, dentro de certos limites, outras pessoas de direito público interno ou da Administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe, e ainda assim enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja: poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87.

¹⁴⁶ Conforme visto no tópico 3.2.4, entendemos, com a doutrina majoritária, que a prestação de serviços não exclusivos (serviços públicos sociais) pelo setor privado se qualifica como atividade econômica, e não serviço público.

prestação de serviços públicos pelos sujeitos privados se encontra no art. 175, sendo que o uso da autorização caberia apenas em situações especiais.¹⁴⁷ Sérgio Ferraz e Amauri Feres Saad possuem outro entendimento. Segundo os autores, se a autorização não pudesse figurar como delegação de serviço público, teríamos a situação de não poder considerar públicos serviços que fossem autorizados por expressa disposição do art. 21 da Constituição. Além disso, os entes federativos, titulares dos serviços, devem ter o poder de escolha do modelo de delegação mais adequado para a plena consecução dos interesses coletivos visados.¹⁴⁸

Alexandre Santos de Aragão analisa as “autorizações de serviços públicos” a partir da referência ao termo autorização administrativa nas leis de regulação setorial. De acordo com o autor, o importante é identificar a atividade regulada. Se for serviço público, mesmo que a lei se refira à “autorização”, materialmente ela será uma delegação (concessão ou permissão), que dependerá do consentimento da Administração Pública. Se for atividade privada, será autorização.¹⁴⁹ Semelhante entendimento é defendido por Marçal Justen Filho.¹⁵⁰ Odete Medauar lembra que a autorização de serviço não é objeto da Lei nº 8.987/1995, e reconhece as controvérsias doutrinárias sobre seu cabimento na execução de serviços públicos.¹⁵¹

Verifica-se que a doutrina não é uniforme ou concordante quanto ao significado geral de autorização na Constituição, o que reforça a atualidade e dificuldade do tema. Tentaremos, ao nosso modo, responder às três questões formuladas acima.

De início, parece-nos não existir óbice jurídico a que um serviço público seja prestado por particulares mediante “autorização”, se houver norma que traga essa previsão na lei regulamentadora do serviço. Conforme se viu, a autorização tem assento constitucional no art. 21, e o fato de o art. 175 não contemplar essa forma de prestação, não a desnatura como

¹⁴⁷ O eminente professor menciona duas situações em que seria permitida autorização (art. 21, XI e XII): para alguns serviços de telecomunicações, no interesse privado das empresas, exprimindo ato de “polícia administrativa” que libera uma conduta privada; ou para resolver situações emergenciais, até que se outorgue permissão ou concessão. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 91.

¹⁴⁸ FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. Autorização de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 29.

¹⁴⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 544-548. O autor fala em “autorização” contratual, quando aparecer na lei no sentido de delegação de serviço público.

¹⁵⁰ FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 758-759. Complementa o autor que “muitas vezes, produz-se a outorga de *autorização de serviços públicos*, impondo-se ao particular os encargos correspondentes à concessão ou permissão. Ou seja, a figura apresenta apenas o nome de autorização, uma vez que o regime jurídico aplicável é o da permissão ou da concessão”.

¹⁵¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 328. A professora relaciona duas leis em que se usa o termo “autorização”. A Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos), que prevê a *autorização* destinada à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão (natureza jurídica de contrato), e a Lei nº 12.996/2014, que dispõe que a prestação regular de serviços de transporte coletivo interestadual e internacional de passageiros deverá ser efetuada mediante *autorização*, portanto, não mais no regime de permissão.

modalidade de execução indireta. Portanto, a autorização é, sem maior dúvida, um instrumento de prestação das atividades do art. 21 por agentes privados plenamente compatível com a Constituição.¹⁵² Respondemos, assim, afirmativamente à primeira questão, ou seja, é juridicamente possível, a despeito da falta de previsão no art. 175, que os serviços públicos, ao menos os de competência da União do art. 21, incisos XI e XII, sejam objeto de autorização.

Cabe reforçar que, quando a lei prevê a possibilidade de autorização, pode se verificar uma atecnia legislativa, de modo que o termo empregado seja equivocado, possuindo, na verdade, o sentido de concessão ou permissão. Dessa forma, mais valioso que considerar a expressão utilizada, é analisar o regime jurídico que a lei setorial prevê. Essa observação nos leva à segunda questão, a da definição de qual a natureza jurídica da autorização, e sua diferença em relação à concessão e permissão.

Sem pretensão de aprofundamento, observa-se que, nos casos de concessão e permissão, a relação jurídica que se estabelece entre o poder concedente e o delegatário de serviço público possui natureza contratual, enquanto, na autorização, a natureza é diversa, de ato administrativo. Normalmente, no sentido geral adotado de autorização, o interesse predominante é o da esfera jurídica do particular, ao passo que, na concessão e na permissão, a relação jurídica pactuada faz surgir direitos e obrigações recíprocas entre o Poder Público e o agente privado. Tais distinções respondem à segunda questão colocada.

Uma consequência da natureza jurídica diferenciada das formas indiretas de prestação - contrato, para as concessões e permissões, e ato administrativo, para as autorizações -, é que

¹⁵² Questão relevante a ser debatida é se poderiam os Estados e Municípios, nos serviços públicos de sua competência, utilizarem-se da autorização. Essa dúvida vem do fato de que há apenas previsão constitucional de autorização nos serviços públicos do art. 21, incisos XI e XII, de competência da União. Alexandre Santos de Aragão opina que a discricionariedade legislativa que existe quanto aos serviços da União, que permite a autorização, não pode ser admitida em relação aos serviços de distribuição local de gás canalizado (art. 25, § 2º) ou ao de transporte coletivo local (art. 30, inciso V), este último porque a Constituição diz competir aos municípios “prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 186. Em outro sentido, Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad defendem que, por força da autonomia dos entes federados, e a partir de uma compreensão sistemática da Constituição, ao lado das obrigatórias formas contratuais (concessão e permissão), Estados e Municípios poderiam adotar outras modalidades de outorga, notadamente as de natureza não contratual, formalizadas mediante ato administrativo próprio do ente público concedente. FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 61.

a realização de licitação somente é obrigatória para serviços concedidos ou permitidos¹⁵³, podendo ser dispensada¹⁵⁴ para os atos de autorização.¹⁵⁵

De se notar que, assim como o conceito de serviço público, as conceituações de concessão, permissão e autorização variam bastante na doutrina¹⁵⁶. Deve-se ressaltar, ainda, que o termo autorização possui diversos sentidos jurídicos, sendo que importa a este trabalho a espécie de autorização de serviço público.¹⁵⁷

¹⁵³ A Lei nº 8.987/1995 regulamenta as normas de licitação para as concessões e permissões de serviço público. A natureza normativa contratual dessas duas modalidades de delegação encontra-se prevista em seu art. 1º: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.”

¹⁵⁴ Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad colocam dois fatores para que a licitação, no caso das autorizações, seja inexigível ou dispensável: i) a fixação de requisitos objetivos para o deferimento da autorização, de modo a tornar o ato administrativo negocial de deferimento um *ato vinculado*; e ii) a instituição, mesmo após um período de transição, de um ambiente de competição entre prestadores. FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 72.

¹⁵⁵ Conforme o art. 2º da Lei nº 8.666/1993, as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses nela previstas. Como se observa do texto, o artigo não menciona as autorizações.

¹⁵⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto, em trabalho dedicado às concessões, conclui que a concessão-delegação (espécie da qual tratamos neste trabalho) corresponde “ao instituto jurídico por meio do qual o Poder Público delega a particulares obrigações atinentes a um objeto de interesse geral (genericamente tratado aqui como uma utilidade pública - bens, serviços, atividades), regrido a convergência de interesses e disciplinando as relações jurídicas entre concedente e concessionários (obrigações recíprocas) e os direitos de terceiros por um prazo relativamente longo, mas finito, durante o qual todas essas relações jurídicas têm estabilidade”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 171. Fernando Vernalha Guimarães afirma que a delegação de um serviço público concedido “envolve a transferência de atribuições de controle (gerencial) sobre a operação econômica do serviço público, situação que atrai ao concessionário a responsabilização pela prestação da atividade em face do usuário”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68. Quanto à permissão de serviço público, Marçal Justen Filho relembra que, tradicionalmente, a permissão consistia em ato unilateral, precário e revogável a qualquer tempo, praticado no desempenho de competência discricionária, enquanto a concessão era ato bilateral, gerando direitos e obrigações para ambas as partes. Segundo o autor, com o art. 40 da Lei nº 8.987/1995, que alude à existência de um contrato administrativo (a lei fala em contrato de adesão), haverá casos em que a permissão de serviço público será um ato administrativo unilateral, e outros em que terá natureza contratual. A identificação dependerá do exame da disciplina normativa adotada em concreto para cada caso. O contrato se caracterizará quando existir a participação da vontade privada na formação do ato jurídico de permissão. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 751-752. Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad afirmam que a conceituação das três figuras de delegação tem variado no tempo e no espaço. Em relação às autorizações do art. 21 da Constituição, por exemplo, os autores questionam a visão da doutrina clássica de precariedade e instabilidade, e anunciam como uma das tendências a *contratualização das autorizações* de serviços públicos. FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 32.

¹⁵⁷ A autorização é um instituto que passou por grandes alterações no tempo, assumindo múltiplas feições. Classicamente, é considerada um instituto geral do direito administrativo, associado ao poder de polícia. As notas essenciais dessa acepção são bem delineadas por Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad: (i) constituir um instrumento precário; (ii) ter sua outorga um caráter discricionário; (iii) referir-se a atividades econômicas privadas ou uso de bens públicos; (iv) corresponder à retirada de um obstáculo para o exercício de direitos titularizados pelo particular; e (v) não gerar neste qualquer expectativa de ressarcimento por prejuízos decorrentes da atuação estatal sobre as atividades autorizadas. FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. *Autorização de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42. Uma acepção mais atual é a de autorização de serviço público, que é a prevista no art. 21 da Constituição. Alexandre Santos de Aragão fala em várias hipóteses de autorizações de serviços públicos: i) quando a atividade autorizada visar à satisfação das necessidades apenas do próprio autorizatário (ex: autogeração

A terceira questão apresentada neste subtópico é seguramente a mais complexa de responder. Trata-se de definir se o Poder Público ainda continua com a titularidade do serviço público quando ele utiliza a autorização do art. 21 da Constituição. É importante lembrar que estamos nos referindo apenas aos serviços públicos de natureza econômica, em que a titularidade é considerada exclusiva do Estado.

Uma primeira observação sobressai da leitura do art. 175 da Constituição. O artigo diz incumbir ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Por simples interpretação do texto do artigo, é inquestionável que, seja qual for o serviço público, para essas duas modalidades de delegação, a titularidade se mantém com o Estado. Contudo, no caso das autorizações, não se chega à mesma conclusão de forma imediata.

Definir se a titularidade continua a ser estatal no caso das autorizações, previstas no art. 21, significa estabelecer se a atividade autorizada continua a ser um serviço público, ou se ela se convola em uma atividade econômica estrita, submetida a regime de direito privado, liberdade de iniciativa e concorrência. Significa igualmente definir se a autorização é uma forma de delegação de serviço público, como a concessão e a permissão, ou um instrumento de poder de polícia.

Por essas considerações, discutir o alcance da titularidade estatal, à luz das normas constitucionais, afeta a própria conceituação de serviço público, bem como contribui para delimitar a fronteira entre dois espaços típicos, o público, representado pelos serviços públicos, e o privado, representado pelas atividades livres aos particulares. Vejamos, para melhor compreensão, como a doutrina trata o problema da titularidade nos casos de autorização.

Para alguns autores, a previsão de que compete à União explorar, diretamente ou por meio de delegação, as atividades do art. 21, incisos XI e XII, qualificaria todas as modalidades previstas no artigo na categoria jurídica dos serviços públicos, incluindo a autorização. Celso

de energia para o próprio consumo); (ii) no caso de serviços públicos emergenciais, instáveis ou não constantes; (iii) no caso do serviço que não exige a limitação do número de prestadores (ex: serviços sociais, como saúde, educação e previdência social), quando então, na nomenclatura do autor, serão caracterizadas como atividades privadas regulamentadas, e não serviços públicos; e (iv) quando leis que regulam setores de serviços públicos se referem à autorização administrativa, no sentido de atividade que integra o setor, mas que não é serviço público (ex: serviços de telefonia móvel, autogeração de energia). ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 545-546. Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece três acepções do termo autorização: medida de polícia, autorização de uso de bem público e autorização de serviço público. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 288. Vitor Rhein Schirato afirma que as atividades sujeitas a autorização, nos termos da Constituição Federal, não são de forma alguma compatíveis com discricionariedade, precariedade e unilateralidade, pois os incisos XI e XII do art. 21 “preveem atividades cujo exercício demanda altas montas de investimento, que não podem ficar sujeitas a intempéries da administração pública na avaliação da existência de conveniência e oportunidade de manutenção do ato”. SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 313.

Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, afirma que o Estado poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos para que sejam efetuados por particulares. Pelo pensamento do autor, extrai-se que o Poder Público detém a exclusividade do serviço público para qualquer das três modalidades.¹⁵⁸ Sergio Ferraz e Amauri Feres Saad defendem ser um erro supor que o regime de prestação mediante autorização significará a “despublicização” de um serviço público. Conforme os autores, o Poder Público poderá estabelecer a obrigatoriedade de atendimento de uma série de condições e obrigações por parte dos autorizatários, assegurando garantias fundamentais do regime de direito público.¹⁵⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que os serviços públicos do art. 21 estão sendo parcialmente liberalizados pela legislação ordinária, passando a ser regidos pelos princípios da ordem econômica, mas reafirma que a Constituição prevê determinadas atividades como exclusivas do Estado, as quais podem ser desempenhadas diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização.¹⁶⁰ Alguns trabalhos discutem o tema sob o enfoque de setores específicos.¹⁶¹

Contrariamente, outros autores argumentam que a previsão da autorização no art. 21 da Constituição permite que determinadas parcelas das atividades enunciadas sejam consideradas atividades econômicas privadas. Marçal Justen Filho, por exemplo, defende que a expressão “autorização”, utilizada no art. 21, incisos XI e XII, não versa sobre serviço público. Segundo o autor, nesses dispositivos, a Constituição reconhece que as atividades podem constituir serviço público, no caso de prestação direta ou delegação mediante concessão ou permissão, ou serem qualificadas como atividades econômicas privadas, no caso de exploração mediante

¹⁵⁸ Augusto Neves Dal Pozzo segue a mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor afirma que a Constituição de 1988, ao incumbir à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a senhoria de alguns serviços, imediatamente os submeteu ao regime jurídico de direito público. Segundo o autor, seria sem sentido lógico ou jurídico atribuir determinado serviço à incumbência dos entes federativos e, na sequência, admitir a possibilidade de serem desenvolvidos sob a incidência de um regime de direito privado, como consideram alguns juristas. POZZO, Augusto Neves Dal. Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91-92.

¹⁵⁹ FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. Autorização de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 68. Conforme os autores, não procede a argumentação de que, em regime de autorização, garantias fundamentais do regime de direito público seriam perdidas, tais como a modicidade tarifária, deveres de universalização, continuidade, etc.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 140 e 145.

¹⁶¹ Paulo Roberto Ferreira Motta, em trabalho sobre regulação da energia elétrica e das telecomunicações, chega a afirmar que não é possível considerar como constitucional a prestação de um serviço público sob regime privado, pois negaria a essência do ser-cidadão-usuário e violaria os direitos fundamentais. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 220-221. Raquel Dias da Silveira, sobre a exploração do serviço de telefonia fixa em regime privado, comenta que as autorizatárias, embora não sujeitas às obrigações de universalização e continuidade, submetem-se às metas de qualidade, cujo descumprimento poderá levar à caducidade da autorização e retomada do serviço pelo poder público. SILVEIRA, Raquel Dias da. Regime Jurídico dos serviços de telefonia fixa. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 123 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 210.

autorização.¹⁶² Alexandre Santos de Aragão afirma que a Constituição deu certa margem de discricionariedade ao legislador em relação às atividades do art. 21, incisos XI e XII, para que elas sejam enquadradas como serviços públicos ou atividades privadas de interesse público sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional.¹⁶³ Vitor Rhein Schirato adverte que as autorizações do art. 21 não têm como objeto a delegação de um serviço público, mas a exploração de uma atividade que poderá ser materialmente concorrente de um serviço público, prestada em outro regime que não o de serviço público.¹⁶⁴

Compreendemos que, dentre as duas correntes interpretativas, a que melhor reflete o sentido das normas constitucionais é a que exclui da titularidade estatal as atividades do art. 21, incisos XI e XII, quando objeto de autorização. Por consequência, a atividade somente poderá ser qualificada como serviço público se prestada diretamente pelo Estado ou delegada a terceiros por meio das modalidades de concessão ou permissão. Caso a exploração da atividade ocorra por meio de ato do Poder Público de autorização, estaremos diante de uma atividade econômica em sentido estrito.

A conclusão de que as atividades autorizadas nos termos do art. 21 da Constituição não são serviços públicos reduz as formas de delegação de serviço público previstas constitucionalmente a apenas duas: concessão e permissão. No ato de autorização, ao contrário da delegação, não existe a transferência do Estado para o particular de um conjunto de direitos e obrigações correspondentes a uma competência atribuída ao poder concedente.¹⁶⁵ Como a atividade autorizada não é titularizada pelo Poder Público, não cabe se falar em delegação de serviço público.

Podemos mencionar alguns argumentos em defesa do posicionamento escolhido. Primeiro, admitir que a autorização seria uma espécie de delegação de serviço público, levaria

¹⁶² FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 640-641. Para o autor, a modalidade de autorização que o art. 21 contempla é aquela que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas, quando exigido por lei. Envolve, assim, atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado.

¹⁶³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 178. O autor sustenta que, “malgrado a letra da Constituição afirmar que a União prestará o serviço mediante autorização, não se trata de delegação de serviço público, o que levaria a uma indevida e forçada aproximação da autorização com a técnica concessional”.

¹⁶⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 316.

¹⁶⁵ Em relação às concessões, por exemplo, observa Floriano de Azevedo Marques Neto que elas “(i) importam em *deferimento de um plexo de direitos ao concessionário*, conferindo-lhe uma posição jurídica desigual em relação aos demais particulares em face da utilidade pública concedida, na medida em que (ii) conferem a ele, concessionário, o desempenho e uma atribuição que, na origem, corresponde a uma competência *do Poder Público concedente*, e tal posição de *saliência de direitos* do concessionário é lastreada no fato de que (iii) este se torna vetor de consecução do interesse geral subjacente àquela atribuição pública da qual derivou o direito objeto da concessão.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 133-134.

a uma interpretação ampliada do art. 175 da Constituição, que apenas prevê os regimes de concessão e permissão como formas indiretas de prestação de serviços públicos.¹⁶⁶ O procedimento licitatório também não é exigível na autorização, o que a aparta das outras duas modalidades, cuja obrigação de licitar constitui dever previsto na Constituição.

A autorização, como condição para prestação das atividades do art. 21 da Constituição, possui natureza jurídica de ato administrativo de poder de polícia, o que a diferencia das formas contratuais usuais de delegação de serviço público. Este é um forte argumento para que as autorizações se submetam preferencialmente à regulação econômica, e não às regras dos serviços públicos, inclusive podendo o Estado se valer das agências reguladoras para fiscalização e controle das atividades autorizadas.

Um ponto específico merece destaque. A necessidade de regulamentação das atividades do art. 21, incisos XI e XII, concede uma margem de apreciação para que o legislador ordinário escolha, de acordo com as especificidades de cada setor, o melhor interesse público na prestação do serviço. Nesse sentido, o legislador pode enquadrar determinadas parcelas ou segmentos das atividades do art. 21 na categoria das atividades econômicas sujeitas à autorização, e manter outras parcelas como serviço público. Pelo que se lê do dispositivo constitucional, que abre a possibilidade de exploração pelas três formas - autorização, concessão ou permissão -, o legislador ordinário não incorrerá em inconstitucionalidade se dispuser que uma mesma atividade seja prestada em dois regimes concomitantes, como serviço público e atividade privada. A competência da União será exercida de duas formas, como poder concedente, titular do serviço público, e como agente regulador, responsável pelo poder de polícia.¹⁶⁷

Embora o poder regulamentador seja discricionário, deverá preponderar o interesse coletivo quando da conformação legislativa. O legislador tem como dever motivar adequadamente suas escolhas, de modo que a despublicização de certos segmentos das atividades do art. 21 obedeça a critérios de proporcionalidade. Em caso de vício ou medida desproporcional na previsão legal das autorizações, o sistema jurídico contempla a arguição de inconstitucionalidade. Nesse caso, a norma impugnada será confrontada com princípios e regras da Constituição, visando à análise de sua conformidade com a norma superior. Ações específicas sempre poderão ser acionadas como legítimo mecanismo de aferição da

¹⁶⁶ O parágrafo único do art. 175 estabelece uma série de regras, tipicamente de natureza pública, que deverá dispor a lei a qual ele se refere, como o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado (ver Lei nº 8.987/1995).

¹⁶⁷ Alexandre Santos de Aragão observa que o art. 21 é, pela sua localização na Constituição, mais uma norma atributiva de competências à União do que de disciplina material das atividades que ela elenca. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 182.

compatibilidade das normas ordinárias com a Constituição, tendo em vista que os fundamentos dos serviços públicos se encontram presentes na Carta Magna.

Vale mencionar alguns fatores (extrajurídicos) normalmente lembrados para justificar a crescente previsão das autorizações na legislação setorial dos serviços públicos¹⁶⁸: contínua e acelerada evolução tecnológica observada em diversas atividades econômicas; mudanças nas conjunturas social, política e econômica, com renovados desafios ao Estado; maior conscientização dos usuários e consumidores dos serviços públicos e concretização mais eficiente de seus direitos fundamentais; necessidade de agilidade e de recursos de grande vulto para prover infraestrutura de serviços públicos; e ganhos econômicos com a liberdade de concorrência. Outros fatores ainda poderiam ser citados.¹⁶⁹

Ressalte-se que nenhum dos deveres, princípios ou garantias fundamentais que se aplicam aos serviços públicos podem ser afastados quando utilizado o regime de autorização. Basicamente, o que muda em relação às concessões e permissões, é que nas autorizações o regime aplicável é o de direito privado, com liberdade de iniciativa e concorrência, e submissão aos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, e não o regime dos serviços públicos, de traço publicista. Não significa, porém, excluir das obrigações do agente privado observar princípios como universalização, continuidade, atualidade, entre outros. O autorizatário se sujeitará a cumprir diversos encargos e explorar a atividade autorizada nas condições definidas pelo Poder Público, a quem caberá regulamentar e controlar os diversos operadores que atuarão em competição. Nesse sentido, em algumas leis de serviços públicos, tem sido usual atribuir um caráter não precário e vinculado às autorizações previstas.¹⁷⁰

Portanto, nossa resposta à terceira questão formulada neste subtópico é de que o Estado deixa de titularizar as atividades do art. 21, incisos XI e XII, quando parcelas ou segmentos dessas atividades forem prestadas pelo setor privado mediante ato de autorização do Poder

¹⁶⁸ São exemplos os setores de telecomunicações e portuário.

¹⁶⁹ Ao comentar sobre a reestruturação dos serviços públicos, em um contexto profundamente modificado de novas circunstâncias, conclui Jacques Chevallier que “o perímetro dos serviços públicos torna-se, assim, mais fluido, mais lábil, instável: em todos os setores, uma divisão de papéis tende a se efetuar junto à iniciativa privada; e essa divisão é, em si mesma, objeto de permanentes reavaliações, em virtude de pressões internas e externas”. Conforme o professor francês, a reestruturação “trata de circunscrever dentro de cada setor aquilo que deve ser objeto de obrigações específicas, por força do imperativo de coesão social”, rompendo “com a lógica que consistia em inserir campos inteiros de atividade sob a via pública, dotando operadores públicos de um privilégio de exclusividade”. CHEVALLIER, Jacques. O serviço público. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 78-79.

¹⁷⁰ Nas autorizações vinculadas, o ato administrativo deixa de ser discricionário e passa a decorrer do atendimento de requisitos legais objetivos. Elas perdem a característica da precariedade e vulnerabilidade, podem ser concedidas por prazo determinado e acarretam pagamento de indenização em caso de revogação. Sobre as autorizações vinculadas, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 172-176.

Público, desde que para tanto haja previsão legal. Verificada essa situação, essas atividades passam a se qualificar como atividades econômicas, ou qualquer outra denominação que lhes seja atribuída, mas não serviços públicos.¹⁷¹

Para encerrar este subtópico, que se ocupou de estabelecer os elementos principais do conceito de titularidade estatal dos serviços públicos à luz da Constituição, podemos concluir que existirá serviço público sempre que forem satisfeitas as seguintes situações: para os serviços públicos de natureza econômica (arts. 21, incisos X a XII, art. 25, § 2º, e art. 30, inciso V), quando forem prestados diretamente pelo Estado ou indiretamente mediante concessão ou permissão; e para os serviços públicos de natureza social (saúde, educação, previdência social e assistência social), apenas quando forem prestados pelo Estado.¹⁷² Quando as atividades do art. 21, incisos XI e XII, forem prestadas pela iniciativa privada mediante autorização, ou os serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social forem exercidos por particulares, estaremos diante de uma atividade econômica estrita, sujeita à regulação pública e atuação do poder de polícia.

3.3.2. Regime jurídico do Serviço Público

Um dos pontos principais a ser analisado para a conceituação apropriada de serviço público é o seu regime jurídico. Conforme visto no tópico 2.3, pela concepção formal da escola francesa, o serviço público não seria uma instituição (concepção subjetiva), nem um conjunto de atividades de interesse social (concepção material), mas um regime jurídico de normas de direito público, derogatório do direito comum. Em vários conceitos adotados pela doutrina, menciona-se o regime jurídico de direito público como elemento primordial de identificação dos serviços públicos.

Entretanto, essa ideia não é unanimidade entre os estudiosos. Especialmente após a segunda crise da noção de serviço público, marcada pela redução da intervenção do Estado sobre as relações econômicas e sociais, muitos passaram a considerar que a aplicação exclusiva do regime de direito público aos serviços públicos não mais atendia às suas necessidades. Começaram a surgir teses de que os serviços públicos também poderiam ser prestados sob regime jurídico de direito privado ou misto de direito público e privado.

¹⁷¹ Entendemos que, a não ser que haja interesse em se estabelecer uma classificação que diferencia as várias espécies de atividades econômicas estritas, a nomenclatura a ser utilizada para as atividades autorizadas do art. 21 pouca importância possui. Alguns as chamarão de atividade econômica de interesse público ou regulamentada, outros de serviço de interesse econômico geral ou serviço público virtual, ou ainda serviço público impróprio.

¹⁷² Entende-se que o Estado pode prestar serviços públicos econômicos e sociais por meio de órgãos de sua Administração Direta ou por entidades da Administração Indireta.

Celso Antônio Bandeira de Mello é, certamente, o jurista que melhor acolheu e difundiu a tese de que o desempenho de serviços públicos sempre se sujeita ao regime de direito público, invariavelmente, seja prestado pelo Estado, por suas entidades ou pelos particulares.¹⁷³ Um serviço não é público apenas pelo fato de ser destinado a satisfazer interesses da coletividade, ou pela sua importância para ela ou por ser titularizado pelo Estado, mas o será quando o Estado entende de enquadrar sua prestação sob uma específica disciplina, a pública.¹⁷⁴ Marçal Justen Filho compartilha de mesma opinião, afirmando ser uma contradição em termos admitir a aplicação do regime de direito privado aos serviços públicos. Segundo o autor, a expressão “serviço público sob regime de direito privado” indica, na realidade, serviços privados que se subordinam a uma regulação estatal mais intensa.¹⁷⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz uma diferenciação entre os regimes aplicáveis. Para os serviços não comerciais ou industriais, o regime jurídico seria de direito público, já para os serviços comerciais e industriais (ex: serviços do art. 21 de competência da União), o regime jurídico seria de direito comum (civil e comercial), com derrogações, ora para mais, ora para menos, de direito público.¹⁷⁶ Odete Medauar, na mesma linha, defende que a atividade de prestação do serviço público é submetida total ou parcialmente ao direito administrativo, de modo que não há serviços públicos submetidos exclusivamente ao direito privado. Não acarreta, necessariamente, a aplicação exclusiva do direito público, sendo suficiente um certo *quantum* de direito administrativo.¹⁷⁷ A mesma compreensão adota José dos Santos Carvalho Filho.¹⁷⁸

¹⁷³ O autor lembra que o Estado, quando desempenha atividade econômica, assujeita-se, em larga medida, *a regras de direito privado*. Ao contrário, “ao prestar serviço público, o Estado, suas entidades, ou os particulares que, por concessão, permissão ou autorização, o desempenhem assujeitam-se ao regime inverso, ou seja, ao regime de direito público, que este é o regime idôneo para proteger interesses qualificados como pertinentes ao corpo social, e não às conveniências privadas. *Nunca de direito privado*”. Argumenta o autor que não faria sentido o Estado colecionar um serviço como seu para submetê-lo a uma disciplina oposta à que lhe é correspondente. Ademais, seria um contrassenso colocar sob o mesmo *conceito jurídico* atividades prestadas pelo Estado sob regência do direito público e do direito privado. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 79.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 80.

¹⁷⁵ FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 635. O autor menciona a regulação dos serviços de telecomunicação.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137. A autora recorda as seguintes características do regime jurídico de direito público: agentes estatutários, bens públicos, decisões com atributos do ato administrativo, como presunção de veracidade e executoriedade, responsabilidade objetiva e contratos rígidos pelo direito administrativo.

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 317.

¹⁷⁸ Nos dizeres do autor, “não se precisa admitir que a disciplina seja integralmente de direito público, porque, como é sabido, alguns particulares prestam serviços em colaboração com o Poder Público. Embora nessas hipóteses incidam algumas regras de direito privado, nunca incidirão elas integralmente, sendo necessário que algumas normas de direito público disciplinem a prestação do serviço. Pode-se até mesmo dizer que nesses casos o regime será *híbrido*, predominando, porém, o regime de direito público quando em rota de colisão com o de direito privado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 340.

Crítico da ideia de se conceituar serviço público como atividade sujeita a um determinado regime, Eros Roberto Grau diz inexistir uma totalidade normativa que se possa referir como *regime de serviço público*.¹⁷⁹ Embora em minoria, há autores que vêm defendendo que os serviços públicos poderiam ser prestados com liberdade de iniciativa, sob regime de direito privado, sem embargo da função regulatória do Estado.¹⁸⁰

Com efeito, é próprio do serviço público que ele se sujeite a um regime diferenciado, de normas de direito público.¹⁸¹ Seria desprovido de sentido que todas as atividades econômicas, incluindo os serviços públicos, ficassem submetidas ao regime comum. Não haveria lógica em se discutir uma teoria dos serviços públicos. Seria suficiente que houvesse apenas uma teoria geral das atividades econômicas.

Também não é razoável supor que exista um regime jurídico único e exclusivamente de direito público para qualquer serviço público ou forma com que se dê sua prestação. O que compreendemos ser mais adequado é admitir a existência de uma multiplicidade de regimes jurídicos, cujas normas e parâmetros serão estabelecidos em lei.

Assim, parece antijurídico aceitar que serviços públicos sejam prestados em regime típico de direito privado, excluindo de sua aplicação os princípios públicos que os regem ou as regras fundamentais do regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, entendemos que, pela natureza dos serviços públicos, eles podem se subordinar a uma variedade de regimes normativos, desde que fique preservado um conjunto mínimo de normas públicas. Em resumo, entende-se que os serviços públicos devem ser prestados em regime integral ou parcialmente de direito público, sendo inadmissível a aplicação a eles do regime de direito privado, em caráter exclusivo.

¹⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 112-113.

¹⁸⁰ Esse entendimento tem sido defendido por autores que vêm tratando com especial ênfase os novos paradigmas da economia brasileira, ressaltando o papel mais proeminente da livre concorrência na ordem econômica, inclusive no âmbito dos serviços públicos, com um Estado menos empresário e mais regulador. Em artigo sobre o tema, Alexandre Wagner Nester, ao comentar alguns mecanismos que o Estado Regulador pode implementar para promover a concorrência nos serviços públicos, alude à “*redução do espaço de titularidade estatal exclusiva*, a fim de que também a titularidade dos serviços públicos de feição tradicional passe aos particulares que os assumem – e não apenas a execução dos serviços, tal como ocorria nos regimes de concessão ou permissão”. Ocorreria, assim, uma *despublicização* da atividade, que passaria a ter natureza de *atividade privada de interesse público*. NESTER, Alexandre Wagner. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 433.

¹⁸¹ Sobre regime de direito público, afirma José dos Santos Carvalho Filho que “como o serviço é instituído pelo Estado e alveja o interesse coletivo, nada mais natural que ele se submeta a regime de direito público”. Ainda, “inúmeras são as normas de direito público aplicáveis aos serviços públicos, destacando-se a que impõe a fiscalização do serviço; a supremacia do Estado no que toca à execução; a prestação de contas e outras do gênero”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 340.

Regimes jurídicos diferenciados podem conviver na prestação de um mesmo serviço público. Ele pode ser prestado, por exemplo, por um órgão da Administração Direta, por uma entidade da Administração Indireta, criada por lei, ou por terceiros por meio de concessão ou permissão. Para cada uma dessas pessoas, o regime de prestação do serviço será peculiar. Mesmo entre as entidades criadas pelo Estado, as normas aplicáveis podem variar, como ocorre, por exemplo, com as autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.¹⁸² É importante, ademais, que o legislador tenha alguma margem de flexibilidade para ajustar esses regimes às mudanças de conjuntura.¹⁸³

Se, conforme vimos no capítulo 2, o conceito teórico atribuí ao serviço público um regime especial, à mesma conclusão se chega pela abordagem normativa. A Constituição Federal separou, no capítulo da ordem econômica, as regras aplicáveis à exploração direta pelo Estado de atividades econômicas estritas, previstas no art. 173, das incidentes sobre os serviços públicos, previstas no art. 175. Basta observar as previsões de cada um desses artigos para concluir que o constituinte pretendeu individualizar os serviços públicos atribuindo a eles normas diferenciadas.

O art. 173 da Constituição condiciona a exploração direta de atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. No § 1º, está previsto que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica.¹⁸⁴ O

¹⁸² Ainda que os serviços sejam prestados por pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso das empresas estatais e das concessionárias e permissionárias de serviço público, a legislação prevê que tais entidades se submetam a vários princípios da Administração Pública, ou se vinculem ao regime administrativo dos contratos que celebrem, devendo ainda observarem os princípios e condições do serviço adequado.

¹⁸³ Alexandre Santos de Aragão faz menção ao que a doutrina do Direito Administrativo Econômico chama de “marco regulatório”, que são parâmetros normativos dotados ao mesmo tempo de estabilidade e adaptabilidade. Quanto a esse último aspecto, esclarece o autor: “O marco regulatório não deve engessar a adaptação do serviço público à evolução da sociedade, devendo deixar espaços em que os reguladores possam se mover para, em cada conjuntura, estabelecer as regras que melhor atendam aos objetivos do serviço público, respeitadas as garantias dos delegatários e usuários”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 244.

¹⁸⁴ Mario Engler Pinto Junior, sobre o estatuto jurídico das empresas estatais do art. 173, confirma seu caráter de lei nacional, destinando-se às três esferas de governo. Quanto ao alcance da lei, deduz que “as novas normas terão efeito derogatório da legislação societária comum, aprofundando o regime especial que incide sobre a sociedade de economia mista, previsto no capítulo XIX da Lei nº 6.404/76, sem conflitar com preceito constitucional que determina a equiparação às empresas privadas (cf. art. 173, § 1º, II).” JUNIOR, Mario Engler Pinto. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 215.

regime constitucional característico do art. 173 é o de direito privado, conforme se pode depreender de seus parágrafos (§ 1º, inciso II, § 2º e § 4º).¹⁸⁵¹⁸⁶

O art. 175, por outro lado, evidencia que o regime jurídico a ser aplicado aos particulares delegatários de serviço público tem características de direito público, a começar pela obrigatória necessidade de licitação nas modalidades de concessão e permissão, instituto dos mais significativos do direito administrativo. O parágrafo único do art. 175 menciona diversos requisitos, próprios de direito público, que a lei regulamentadora dos regimes de concessão e permissão deverá dispor.¹⁸⁷

Outras normas do texto constitucional detalham de modo específico algumas regras do regime jurídico público, aplicável às funções administrativas. O art. 37, do capítulo da administração pública, é provavelmente a mais densa delas. Como esse artigo se refere à administração pública direta e indireta, bem como aos princípios gerais que regem a atividade administrativa, sua aplicação é estendida, por consectário lógico, à prestação dos serviços públicos.¹⁸⁸

A Constituição também prevê, em relação aos serviços públicos de natureza social (saúde, educação, previdência social e assistência social), diversas matérias sujeitas à reserva de lei, para que o legislador submeta o exercício dessas atividades a norma especiais protetivas do interesse público.¹⁸⁹

¹⁸⁵ 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.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

¹⁸⁶ Embora as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica deverão atuar em regime de direito privado, por expressa disposição constitucional, continua dever delas licitar e contratar suas obras, serviços, compras e alienações, observando os princípios da administração pública (art. 173, § 1º, inciso III).

¹⁸⁷ Parágrafo único [Art. 175]. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁸⁸ O art. 37, § 3º, da Constituição, estabelece que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. O comando foi concretizado por meio da Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública.

¹⁸⁹ Como exemplos, o art. 197 fixa que cabe ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde; o art. 198, § 5º, que lei federal disporá sobre o regime jurídico

Portanto, por imposição constitucional, os serviços públicos devem ser organizados e prestados sob regime jurídico próprio, diferenciado do regime das atividades comuns. Se o constituinte não tivesse tido a intenção de atribuir aos serviços públicos um tratamento singular, bastaria a previsão genérica dos arts. 170 e 174, e os serviços públicos seriam regulados como atividades econômicas gerais.

Pode-se afirmar que o regime jurídico dos serviços públicos será aquele que a lei definir, sendo totalmente inadequado pretender determinar *a priori* a existência de um regime único e exclusivo de direito público, que se aplique a qualquer situação ou setor de atividade. O legislador deverá estabelecer os regimes de acordo com a natureza específica de cada serviço e as formas admitidas de sua prestação, observando sempre as balizas constitucionais, que, a nosso ver, impõem que as regras instituídas sejam integral ou parcialmente de direito público. Como qualquer lei ou ato normativo, se a liberdade do legislador desbordar dos limites constitucionais, poderão ser acionados os instrumentos de controle de constitucionalidade que o ordenamento prevê.¹⁹⁰

Outrossim, há de se observar que, hodiernamente, os serviços públicos ganharam em diversidade e especialidade, sendo impraticável tratá-los de modo uniforme como no início do direito administrativo. Decorre dessa realidade a multiplicidade de regimes jurídicos que se vê na legislação ordinária. Embora os serviços públicos possam ser tratados pelo que têm em comum, a crescente complexidade do Direito impõe que eles revelem também disciplinas setorialmente distintas.¹⁹¹ Como que por necessidade, surgiram diversas normas jurídicas na seara dos serviços públicos, algumas mais abrangentes, outras mais específicas.¹⁹² Apesar do incremento da legislação específica, vale recordar que, pelo princípio da especialidade, normas especiais prevalecem sobre normas gerais, embora ambas devam obediência às de hierarquia superior, como a Constituição.¹⁹³

dos agentes comunitário de saúde e de combate às endemias; o art. 200 menciona o sistema único de saúde; o art. 201 estabelece os benefícios que a previdência social deverá atender, nos termos da lei; e o art. 206 define os princípios com que o ensino será ministrado, incluindo piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal (inciso VIII).

¹⁹⁰ Parece-nos que haveria uma violação à Constituição se o legislador fixasse unicamente, ou preponderantemente, normas de direito comum ou privado para regulamentar a prestação de um serviço público.

¹⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 205. O autor pontua que, por essa razão, é mais correto falarmos em um Direito *dos serviços públicos* do que *do serviço público*.

¹⁹² Exemplo de norma genérica é a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, nos termos do art. 175 da Constituição. Exemplos de normas específicas são as leis setoriais que regulamentam os diversos serviços públicos, como a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), a lei dos portos e instalações portuárias (Lei nº 12.815/2013), as leis que regulamentam os serviços de energia elétrica (Leis nº 9.074/1995, 9.427/1996 e 12.783/2013) e a lei dos transportes aquaviário e terrestre (Lei nº 10.233/2001).

¹⁹³ É comum observar normas específicas que fazem referência a normas gerais. Por exemplo, a lei dos portos (Lei nº 12.815/2013) diz no art. 66 que aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de

Exemplo ilustrativo de norma setorial que define institutos específicos em relação ao serviço que regula é a Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013). Ela prevê a utilização de três formas distintas de exploração indireta dos serviços portuários. Conforme o art. 1º, § 1º, da lei, “a exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público”, enquanto, nos termos do § 2º, “a exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei”. Portanto, de acordo com a Lei dos Portos, concessão e arrendamento (regime jurídico de direito público) e autorização (regime jurídico de direito privado) são os instrumentos jurídicos que o poder concedente pode utilizar para outorgar a pessoa jurídica privada a prestação de serviços portuários.¹⁹⁴

Embora seja uma norma setorial, a lei dos portos deve ser interpretada de modo sistêmico com as regras gerais que se aplicam a todo serviço público (ex: normas de licitações, contratos públicos, concessões e permissões e estatuto jurídico das empresas estatais). Insta recordar que é a Constituição que confere privativamente à União legislar sobre o regime dos portos (art. 22, inciso X), ou seja, atribui ao legislador ordinário definir o regime jurídico do modelo de exploração portuária.¹⁹⁵ A lei dos portos representa exemplo de norma que prevê, em concomitância, dentro do mesmo setor, prestação de serviço público e exploração de atividade privada, mediante convivência de regimes jurídicos distintos.¹⁹⁶

arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis nº 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas), nº 8.987/1995 (concessão e permissão de serviços públicos) e nº 8.666/1993 (normas para licitações e contratos da Administração Pública).

¹⁹⁴ O art. 2º, incisos IX, XI e XII, da Lei dos Portos, traz as seguintes definições: i) concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado; ii) arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado; iii) autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão. Enquanto a concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação (art. 4º), a autorização das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado será precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público (art. 8º).

¹⁹⁵ Para Egon Bockmann Moreira e Pedro Lucchese Piovesan, o que o legislador infraconstitucional fez por meio da Lei nº 12.815/2013 foi concretizar a diretriz constitucional. Segundo os autores, a lei dos portos prevê uma dualidade de regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária, o regime dos serviços públicos (concessão e arrendamento) e o regime das atividades econômicas (autorização). MOREIRA, Egon Bockmann e PIOVESAN, Pedro Lucchese. Regulação portuária e contratos de arrendamento: análise comparativa de dois diferentes modelos jurídicos (Brasil e Alemanha). In: Regulação e Infraestrutura. Alexandre Santos de Aragão, Anna Carolina Migueis Pereira, Letícia Lobato Anicet Lisboa (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 395-396. Segundo os autores, a “assimetria regulatória” do setor portuário é operacionalizada por meio da poligonal do porto organizado, uma vez que, de acordo com a lei, “somente serão outorgadas novas autorizações para a exploração de estruturas portuárias fora da área do porto organizado. Dentro da poligonal, apenas serão contratados arrendamento e concessões”.

¹⁹⁶ O STF já foi provocado a se manifestar sobre a Lei dos Portos. Na ADI nº 5.132, a norma contestada é o art. 37, § 4º, da Lei nº 12.815/2013, que trata do prazo de prescrição para que trabalhadores portuários avulsos ingressem com ações na Justiça do Trabalho. No RE nº 597.124, que teve repercussão geral reconhecida, a discussão envolve a possibilidade de concessão de adicional de riscos aos trabalhadores avulsos. Esse último

Outro exemplo de norma setorial que estabelece um modelo peculiar à atividade que regula é a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997).¹⁹⁷ São vários os artigos que tratam de modalidades ou formas de prestação ou exploração dos serviços regulamentados pela lei.¹⁹⁸ A LGT inaugurou um regime de forte presença da iniciativa privada na prestação dos serviços de telecomunicações e incentivo à concorrência, além de reforçar a função reguladora do Poder Público, por meio da criação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).¹⁹⁹ A exploração do serviço em regime privado por meio de autorização não significa, porém, exclusão de incidência sobre os particulares de normas regulatórias impostas pelo Poder Público.²⁰⁰

A LGT buscou conciliar os regimes de direito público e privado, com regras viabilizadoras de sua prestação simultânea.²⁰¹ Como era de se esperar, a doutrina se dividiu sobre a introdução da livre competição no mercado de telecomunicações, com algumas vozes contrárias e outras favoráveis.²⁰² O fato é que a lei que hoje vigora faculta a participação de

recurso envolve argumentos contrapondo direitos do portuário avulso aos do portuário servidor da administração, em face do novo marco regulatório instituído pela Lei nº 8.630/1993 (continuado pela Lei nº 12.815/2013). Analisa uma das consequências, no campo trabalhista, dos regimes jurídicos diferenciados público e privado que a lei prevê.

¹⁹⁷ A LGT veio após a Emenda Constitucional nº 8/1995, que decidiu pelo fim do monopólio estatal dos serviços de telecomunicações. A EC nº 8/1995 modificou o inciso XI do art. 21 da Constituição, passando a permitir sua exploração por particulares por meio de concessão, permissão ou autorização.

¹⁹⁸ O art. 62 da LGT estabelece que, quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito. O art. 63 afirma que, quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos (prestados mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade) e privados (mediante autorização). A autorização é considerada ato administrativo vinculado (e não discricionário), que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações (art. 131, § 1º).

¹⁹⁹ Conforme o art. 131 da LGT, a exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, cuja natureza será de ato administrativo vinculado.

²⁰⁰ Nesse sentido, o art. 62, parágrafo único, da LGT determina que os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo. O art. 128 estabelece que a agência reguladora observará a exigência de mínima intervenção na vida privada ao impor condicionamentos administrativos ao direito de exploração no regime privado. E o art. 130 determina que a prestadora de serviço em regime privado não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da expedição da autorização ou do início das atividades, devendo observar os novos condicionamentos impostos por lei e pela regulamentação.

²⁰¹ O art. 65, § 1º, fixa que “não serão deixadas à exploração apenas em regime privado as modalidades de serviço de interesse coletivo que, sendo essenciais, estejam sujeitas a deveres de universalização”. O art. 66 estabelece que “quando um serviço for, ao mesmo tempo, explorado nos regimes público e privado, serão adotadas medidas que impeçam a inviabilidade econômica de sua prestação no regime público”. O art. 67 determina que “não comportarão prestação no regime público os serviços de telecomunicações de interesse restrito”. O art. 70 prevê que serão coibidos os comportamentos prejudiciais à competição livre, ampla e justa entre as prestadoras do serviço, no regime público ou privado. O art. 68 veda, a uma mesma pessoa jurídica, que explore, de forma direta ou indireta, uma mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado, salvo em regiões, localidades ou áreas distintas. E o art. 127 estabelece o que a disciplina da exploração dos serviços no regime privado destina garantir, que inclui, nos termos do inciso IV, “a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público”.

²⁰² Com postura mais crítica do marco regulatório, Paulo Roberto Ferreira Motta, em obra que trata da regulação das telecomunicações, reporta-se à influência do modelo de liberalização das telecomunicações ocorrida na

agentes privados como prestadores dos serviços, com estímulo à entrada de novos operadores e incentivo à livre concorrência, submetendo-se esse ambiente à regulação e controle pela agência responsável. A lei também garante uma proteção mínima dos direitos e princípios fundamentais de ordem pública, indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas.²⁰³²⁰⁴

Os exemplos da Lei dos Portos e da Lei Geral de Telecomunicações mostram que, após a Constituição de 1988, confirmando forte tendência, vem ocorrendo a expansão e diversificação dos regimes jurídicos dos serviços públicos. Novos institutos e arranjos normativos trouxeram a superação do modelo unitário de serviço público, com prestador exclusivo estatal, atividade essencial ao interesse coletivo e regime exclusivo de direito público. A segmentação normativa se tornou, mais que uma exigência, uma necessidade da prestação de serviços públicos.²⁰⁵

Comunidade Econômica Europeia sobre diversos países da América hispânica e o Brasil. O autor comenta as deficiências da transferência do modelo europeu para o direito brasileiro, incluindo a livre competição, demonstrando que a liberalização verificada na Europa partia de outro fundamento, associado à imposição da abertura de cada mercado nacional necessária ao processo de construção da União Europeia. Anota o autor, referindo-se à assimetria regulatória na telefonia fixa, e seu impacto sobre a universalização, que, “no novo modelo brasileiro não se poderia, jamais, ao menos em relação à empresa espelho, permitir que a mesma se submeta (exclusivamente) ao regime do Direito Privado, o que implica na não submissão a qualquer propósito universalizante. No mínimo alguma contribuição para tanto deveria ser exigida”. MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 170-178. Jacintho Arruda Câmara, em linha discordante, lembra que, segundo a lei de telecomunicações, a autorização não seria um instrumento precário e discricionário de exercício da atividade. Ao contrário, além de ausente a precariedade, caracteriza-se como ato vinculado, obrigando a ANATEL a apenas verificar o cumprimento das condições previamente fixadas na legislação por parte da empresa requerente para expedir as autorizações de serviço de telecomunicações, em regime privado. Nesse sentido, o autor afirma, em defesa do modelo de autorizações da LGT, que “a realidade jurídica revela a conveniência de diversas acepções do termo autorização. O conceito de autorização nos serviços de radiodifusão não é o mesmo do empregado nos de telecomunicações. O setor elétrico possui a sua concepção, o de serviços de transporte de passageiros já emprega outra. [...]. E nessa linha pode se seguir com infindáveis exemplos de aplicações próprias do termo”. CÂMARA, Jacintho Arruda. *Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações*. In: *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 587-598.

²⁰³ A LGT cita vários princípios em seu texto. Princípios da ordem econômica (arts. 5º e 126), da administração pública (art. 38) e dos serviços públicos (art. 79, que trata de universalização e continuidade), demonstrando que adotou um sincretismo entre liberdade econômica e intervenção estatal.

²⁰⁴ O STF já analisou pedido de suspensão cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada contra diversos dispositivos da Lei nº 9.472/1997 (ver ADI nº 1.668 MC/DF).

²⁰⁵ O professor Marçal Justen Filho, referindo-se à evolução tecnológica e às inovações, lembra o caso da energia elétrica, em que o progresso científico, ao longo das últimas décadas, propiciou alterações radicais. De um modelo econômico de oferta de energia elétrica em que uma única e mesma empresa dominava todas as atividades, da geração à comercialização, passou-se, com as novas tecnologias, à geração de energia por processos muito mais baratos e com elevada eficácia, com plena possibilidade de competição. Quanto aos serviços que demandam infraestrutura em rede (energia elétrica, telecomunicações, ferrovias, rodovias), lembra o autor dos seguintes aspectos inovadores: fragmentação (dissociação) das atividades de serviço público (atividades heterogêneas com regras distintas dentro de uma mesma utilidade), ampliação da competição (limitação do poder econômico e ampliação da eficiência na gestão) e dissociação entre propriedade e exploração da rede (dever de compartilhamento compulsório). FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 656 e 659-660.

A pluralidade de regimes jurídicos não é uma característica apenas dos serviços públicos. O mesmo ocorre, por exemplo, com as atividades privadas sujeitas à autorização do Estado, nos termos do art. 21 da Constituição. O regime jurídico de cada autorização decorrerá da disciplina jurídica de cada um dos setores mencionados nos incisos XI e XII, de maneira que a procura por um regime jurídico único não é tarefa possível.²⁰⁶

Para finalizar este subtópico, podemos dizer que o regime jurídico dos serviços públicos será sempre definido por lei, com pluralidade de setores regulados, e inviabilidade de adoção de um regime homogêneo para todos os serviços. A partir da interpretação constitucional, compreendemos que o regime dos serviços públicos deve ser integral ou parcialmente de direito público, sejam eles prestados pelo Estado ou por particulares mediante concessão ou permissão, não sendo possível a simples redução de suas normas ao direito comum. Desse modo, a Constituição limita a discricionariedade do legislador à obrigatoriedade de preservar um conteúdo mínimo de direito público na regulamentação de qualquer serviço público.

3.3.3. Previsão legal do Serviço Público

Uma característica que se notabiliza nos conceitos doutrinários é a de que o serviço público é uma atividade que depende de prévia definição em lei. Nesse sentido, uma atividade somente será qualificada formalmente como serviço público se expressamente o constituinte ou o legislador o instituírem.

Marçal Justen Filho alude ao termo *publicatio* ou *publicização* para indicar o ato estatal formal (lei) necessário à qualificação de uma atividade como serviço público.²⁰⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, para se caracterizar um serviço público, não é suficiente que haja um objetivo de interesse público (elemento material), sendo necessário que a lei atribua ao Estado esse objetivo.²⁰⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, embora acentue como aspecto nuclear de sua doutrina o regime de direito público, afirma que a noção de serviço público depende inteiramente da qualificação que o Estado (nos termos da Constituição e das leis) atribuir a certas atividades.²⁰⁹ Eros Roberto Grau constrói sua noção de serviço público a partir das ideias de coesão e interdependência social, porém afirma que a identificação dos casos que

²⁰⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 315. Pondera o autor que “o regime jurídico específico das autorizações mencionadas no artigo 21 da Constituição Federal será decorrente da legislação aplicável, de acordo com a atividade autorizada que venha a constituir o objeto da autorização”.

²⁰⁷ FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 643.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 138.

²⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 73. O autor fala de atividades que o Estado reputa “não deverem ficar entregues simplesmente aos empenhos da livre iniciativa” e que, por isto, “entendeu de assumir e colocar sob a égide do regime jurídico típico instrumentador e defensor dos direitos públicos: o regime peculiar ao Estado”.

reclamam a prestação de determinada atividade pelo Estado é conformada pela Constituição.²¹⁰ Alexandre Santos de Aragão sustenta que, em se tratando de serviços de titularidade estatal, deverá haver lei específica qualificando como serviço público a até então atividade econômica *stricto sensu*.²¹¹

Como assevera a doutrina, somente por lei uma atividade existente pode ser elevada à categoria de serviço público. A regra do nosso Estado de direito é a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica (art. 170, parágrafo único). Portanto, para que determinado setor econômico seja retirado do campo de liberdade privada, deverá ser observado o princípio da legalidade.²¹² A essencialidade de determinada atividade para o interesse público ou social não é suficiente para caracterizá-la como serviço público (critério material), sendo imprescindível que haja lei que crie para o Estado o dever de prestá-la ou promover-lhe a prestação.

Contemplando a Constituição, há atividades que estão explicitamente definidas em seu texto como serviços públicos, e outras que são deixadas ao legislador para que realize suas escolhas. De modo expresse, estão relacionados os serviços de competência da União do art. 21, incisos X a XII, os serviços locais de gás canalizado de competência estadual (art. 25, § 2º), o serviço de transporte coletivo municipal (art. 30, inciso V), e os serviços sociais de saúde, educação, previdência social e assistência social. Na dependência de conformação legislativa, encontram-se os serviços públicos de interesse local dos Municípios (art. 30, inciso V) e as competências reservadas aos Estados que não lhes são vedadas pela Constituição (art. 25, § 1º), que inclui a criação de serviços públicos.

A doutrina discute sobre a possibilidade de o legislador atribuir a qualidade de serviço público a outras atividades além das descritas na Constituição. O entendimento majoritário é de que existe espaço para a criação legislativa de serviços públicos não previstos na Constituição.²¹³ Reputamos que essa ideia está correta. Não há no texto constitucional nenhuma

²¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)*. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 129-130. O autor sustenta que “os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente conformadas pela Constituição”.

²¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 273.

²¹² O princípio da legalidade não se aplica apenas à instituição de serviços públicos. O *caput* do art. 173, que trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, somente permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, exige definição em lei. Do mesmo modo, as atividades de monopólio da União estão contidas na própria Carta Magna (art. 177).

²¹³ Augusto Neves Dal Pozzo conclui que é absolutamente legítimo que a legislação infraconstitucional atribua a outras atividades além das constantes da Constituição a qualificação de serviço público. POZZO, Augusto Neves Dal. *Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 122. Igual entendimento possui Celso Antônio Bandeira de Mello. Alexandre Santos de Aragão defende que “em se tratando de serviço público não previsto na Constituição, [a Administração Pública] deverá fazê-lo [regulamentar os serviços] mediante lei prévia específica, já que a sua criação pressupõe, com exceção dos serviços públicos sociais,

norma que proíba o legislador de inovar instituindo outros serviços públicos de responsabilidade do Estado. Do mesmo modo, a ele é dada a liberdade de revogar determinadas leis quando entender que o serviço público qualificado previamente deixou de ser uma atividade de satisfação coletiva.

Mas um aspecto deve ser destacado. Quando se tratar da instituição de outros serviços públicos de competência da União, entendemos que a tarefa caberá ao constituinte derivado, e não ao legislador ordinário, como ocorre com os serviços municipais e estaduais. Isso porque o art. 21, que estabelece as competências materiais exclusivas da União, não dá margem para que o legislador ordinário crie novos serviços, como fazem os artigos 25, § 1º e 30, inciso V. Trata-se de uma conclusão que visa respeitar a hierarquia constitucional. O termo legislador, portanto, deve ser compreendido em duplo sentido, como legislador ordinário ou constituinte derivado, a depender do ente competente.

Para fechar este subtópico, entendemos ser inafastável a necessidade de lei para a instituição de serviços públicos. Nesse aspecto, apenas a Constituição ou a legislação ordinária podem transformar uma atividade econômica que, a princípio, é de exploração prioritária da iniciativa privada, em serviço público, obrigando o Estado a assumi-lo como atividade prestacional. Como lembra a professora Odete Medauar, é nesse ponto que a caracterização do serviço público nos remete aos planos da concepção política dominante ou da concepção sobre o Estado e seu papel.²¹⁴

3.4. Conceito proposto de Serviço Público a partir da Constituição Federal

O objetivo deste tópico será responder ao problema de pesquisa proposto na introdução, consistente em avaliar e construir um conceito de serviço público a partir da Constituição Federal. Vimos, no capítulo 2, diversas concepções teóricas e conceitos doutrinários de serviço

a retirada de atividade econômica da iniciativa privada.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 272. Marçal Justen Filho defende que o ato de publicização (ato estatal formal necessário à qualificação de uma atividade como serviço público) deverá constar de uma lei, sendo inconstitucional sua institucionalização por meio de ato administrativo, pois criaria vedação à atuação da iniciativa privada. Aduz ainda que “não se pode reputar que todos os possíveis serviços públicos teriam sido referidos exhaustivamente na dimensão constitucional”, de modo que, excluído o que é obrigatoriamente serviço público e o que não pode ser, “existe a possibilidade de o legislador infraconstitucional determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais”. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 643-645. Com opinião contrária, Eros Roberto Grau assevera que “a alusão a atividades econômicas que não podem ser serviço público (*atividade econômica em sentido estrito*) evidencia a impossibilidade de o legislador, discricionariamente, qualificar qualquer parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público*”. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 130.

²¹⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 316.

público. Contudo, a natureza relativa da noção de serviço público trouxe dificuldades de conceituação pela via da doutrina. Por esse motivo, a opção metodológica escolhida para a condução deste trabalho foi a de estudar o serviço público por meio de seu conceito normativo. No direito brasileiro, como já salientado, a base normativa da categoria é o texto constitucional.

No tópico 3.2, identificamos e interpretamos as normas constitucionais que tratam dos serviços públicos. A análise foi organizada separando os itens de abrangência, competência, ordem econômica e ordem social. No tópico 3.3, exploramos alguns aspectos essenciais da teoria dos serviços públicos. Nossa pretensão foi demonstrar as correntes doutrinárias existentes e suas divergências, bem como fixar os entendimentos que julgamos mais adequados sobre titularidade, regime jurídico e previsão legal dos serviços públicos, tendo por fundamento as normas da Constituição.

Desse modo, ao todo, no capítulo 3, tratamos de sete aspectos da disciplina dos serviços públicos, apreciados a partir da Constituição Federal e seus dispositivos. Cabe recordá-los e resumir as conclusões a que chegamos sobre cada um deles.

- i) Abrangência do Serviço Público: quanto às várias abrangências do serviço públicos nas classificações doutrinárias, que vão de amplas a restritas, adotamos a concepção restrita, em que apenas devem ser considerados serviços públicos as atividades prestacionais em que seja possível identificar a fruição individual da utilidade ou comodidade oferecida. Basicamente, são os serviços *uti singuli*.

- ii) Competência para a prestação do Serviço Público: admitido o conceito restrito, identificamos no texto da Constituição quais são os serviços públicos e a repartição de competências entre os entes federativos por organizá-los e prestá-los.

- iii) Ordem Econômica e Serviço Público: concluímos que a Constituição, no título que trata da ordem econômica, dedica artigos separados às atividades econômicas em sentido estrito e aos serviços públicos, estabelecendo os limites e condições de atuação do Estado e do setor privado em cada um deles.

- iv) Ordem Social e Serviço Público: identificamos quatro serviços públicos previstos no título da ordem social na Constituição: saúde, educação, previdência social e assistência social. Essas atividades são serviços públicos somente quando prestadas pelo Estado. Embora livres à iniciativa privada, quando por ela exploradas, são atividades econômicas regulamentadas pelo Poder Público.

- v) Titularidade do Serviço Público: entendemos que a titularidade do serviço público, quando de natureza econômica, será do Estado quando o serviço for prestado diretamente ou por meio de delegação (concessão e permissão de serviço público). Quando a

atividade for prestada pelo particular mediante autorização, ela não será serviço público, mas atividade econômica submetida à regulação estatal.

- vi) Regime jurídico do Serviço Público: concluímos que o regime jurídico dos serviços públicos deverá ser integral ou parcialmente de direito público, não sendo admissível um serviço público prestado sob regime exclusivo de normas privadas. Além disso, não se pode falar em um único e exclusivo regime dos serviços públicos, mas em uma pluralidade deles, instituídos por lei.

- vii) Previsão legal do Serviço Público: entendemos que somente por meio da Constituição e da legislação ordinária, ou seja, por meio de lei formal, poderá uma atividade econômica, originalmente privada, ser qualificada como serviço público, atribuindo ao Estado a responsabilidade por sua prestação.

Cada aspecto acima referido, detalhado nos tópicos 3.2 e 3.3, nos fornece uma premissa importante para se alcançar um conceito objetivo e racional de serviço público a partir da Constituição. Sem essas premissas, o conceito ficaria vago ou impreciso. Apesar das não conformidades doutrinárias, ressalte-se que todas as premissas adotadas foram justificadas no próprio texto constitucional, de forma a prover o melhor embasamento ao conceito.

Objetivando organizar o raciocínio de construção do conceito, procederemos a uma análise em dois passos. No primeiro, trataremos do núcleo constitucional do serviço público. No segundo, do espaço de regulamentação do legislador.

1 - O núcleo constitucional do Serviço Público

Um primeiro aspecto que deve ser analisado refere-se à existência de um núcleo constitucional do serviço público, entendido como um conjunto de normas relacionadas ao instituto, que somente podem ser alteradas se modificada a própria Constituição. A constatação da presença desse núcleo permite rebater algumas visões que defendem que, com as transformações recentes do Estado, do modelo interventor para o regulador, teria o serviço público desaparecido ou perdido sua significância no direito brasileiro. Do ponto de vista normativo constitucional, esse pensamento é claramente equivocado.

O núcleo do serviço público pode ser reconhecido na Constituição em várias normas, já mencionadas em outros tópicos. A principal delas é o art. 175, que estabelece como incumbência do Poder Público a prestação de serviços públicos. Essa norma prevê, textualmente, duas formas de prestação de serviços públicos, a direta e a indireta, esta última sob regime de concessão ou permissão. Embora, nos termos da Constituição, a regulamentação das formas indiretas dependa de lei, o parágrafo único do artigo 175 impõe como obrigatório o regime jurídico de direito público aos agentes delegatários.

O art. 21, incisos X a XII, relaciona especificamente os serviços públicos cuja manutenção ou exploração competem à União. De acordo com o texto constitucional, apenas a União poderá manter os serviços do inciso X (serviço postal e correio aéreo nacional), enquanto os serviços dos incisos XI e XII poderão ser explorados diretamente pela União ou repassados a terceiros mediante concessão ou permissão.

O art. 30, inciso V, afirma competir aos Municípios organizar e prestar os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo, podendo fazê-lo de modo direto ou sob regime de concessão ou permissão. O art. 25, § 2º, estabelece caber aos Estados a exploração dos serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, admitindo que o faça diretamente ou mediante concessão. E o § 1º fixa que aos Estados serão reservadas as competências que não lhes são vedadas pela Constituição, o que incluiria instituir serviços públicos que não estejam nas competências da União ou dos Municípios.

Em relação aos serviços públicos sociais, a Constituição determina como dever do Estado prestar os serviços de saúde, educação, previdência social e assistência social (arts. 196, 197, 201, 202, 203, 204, 205, 208, 211 e 213), embora os liberem à livre atuação da iniciativa privada.

Os artigos acima indicados constituem o que estamos chamando de núcleo constitucional do serviço público, conjunto de normas que têm relação direta com o instituto, e que demonstram a profundidade com que a Constituição abordou o tema com regras próprias. O art. 175 é o comando mais genérico, impondo, como dever e incumbência, a titularidade estatal do serviço público. Os arts. 21, incisos X a XII, 25, §§ 1º e 2º, e 30, inciso V, especificam quais são os serviços públicos econômicos e a divisão de competências entre os entes, resultado das opções do constituinte. E os artigos da ordem social aludem às espécies de serviços públicos sociais que devem ficar a cargo do Estado em simultaneidade com a iniciativa privada. Todos os serviços dos artigos mencionados se enquadram na concepção restrita quanto à abrangência do serviço público, adotada neste trabalho.²¹⁵

2 - O espaço de regulamentação do legislador

Reconhecida a existência de um núcleo constitucional do serviço público, deve-se agora analisar o espaço reservado pela Constituição ao legislador para que ele regule essa categoria de atividades. Sabe-se que ao legislador cabe, em primeiro plano, a tarefa de concretização das normas constitucionais. É o Poder Constituinte, mediante reserva de lei, que

²¹⁵ Utilidade ou comodidade fruível individualmente pelo usuário/beneficiário.

autoriza o Poder Legislativo a intervir no sentido de conformar os elementos normativos necessários para dar eficácia às normas.

Algumas normas são essenciais para regulamentar certas previsões constitucionais, de modo que, sem a edição da lei, resta esvaziada a possibilidade de aplicar diretamente a Constituição. No caso das normas que tratam dos serviços públicos, todas elas demandam algum nível de atuação legislativa, que deve ser realizada em obediência ao princípio geral da reserva legal.

O art. 175 estabelece que a prestação de serviços públicos, incumbência do Poder Público, será realizada na forma da lei. A prestação indireta, sob regime de concessão ou permissão, dependerá de lei regulamentadora, com requisitos mínimos dispostos em seu parágrafo único.²¹⁶

O art. 25, § 2º, que trata da competência estadual, reserva à lei a regulamentação para a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado. A competência residual dos Estados, prevista no art. 25, § 1º, implica o exercício de atribuições legislativas não previstas nas competências privativas dos demais entes, o que abre espaço para os Estados regulamentarem os serviços públicos de sua responsabilidade.

O art. 30, inciso V, menciona que compete aos Municípios organizar e prestar os serviços públicos de interesse local. Embora não haja nesse dispositivo menção direta à reserva de lei, ele traz um conceito indeterminado, que exige conformação legislativa. Caberá ao legislador de cada Município definir quais serão os serviços públicos de interesse local cuja titularidade será assumida pelo ente municipal, que poderá prestá-los de modo direto ou mediante concessão ou permissão. O serviço local de transporte coletivo já está discriminado no texto da Constituição como obrigação dos Municípios.

Os serviços de transporte coletivo e os locais de gás canalizado são necessariamente serviços públicos econômicos, uma vez que a Constituição não prevê para eles outra modalidade de prestação fora da concessão ou permissão.²¹⁷ Portanto, por falta de previsão, não poderão ser objeto de autorização ou exercidos de forma livre pela iniciativa privada.

Todos os serviços do art. 21, incisos X a XII, dependem de regulamentação infraconstitucional, com regras disciplinadoras de seus regimes jurídicos e formas de prestação. Para os serviços dos incisos XI e XII, a Constituição estabelece que sua exploração pela União poderá ocorrer diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Nesses casos, o

²¹⁶ A necessidade de licitação também obriga a regulamentação da matéria por lei.

²¹⁷ Cumpre citar que foi reconhecida repercussão geral no ARE nº 743.485, que discute se a prestação de serviço público de transporte coletivo mediante simples credenciamento, sem licitação, afronta o art. 175 da Constituição.

legislador fará mais do que detalhar as condições e formas específicas de prestação de cada serviço. Ele definirá, no âmbito de cada setor, quais parcelas ou segmentos dos serviços compreendidos em cada atividade serão serviços públicos, e quais serão atividades econômicas privadas, sujeitas à regulação estatal e ato de autorização do Poder Público. Não há vedação constitucional a que o legislador realize suas opções com certa margem de discricionariedade, segregando serviço público (regime de direito público), de atividade econômica estrita (regime de direito privado), pela escolha da composição de cada atividade dos incisos XI e XII. É o texto constitucional que, nesses dois incisos, admite formas alternativas de exploração dos serviços elencados, seja por meio de concessão ou permissão (serviço público), seja por meio de autorização (atividade privada).

Frise-se que o termo legislador deve ser compreendido como constituinte derivado se tratarmos da possibilidade de criação de novos serviços públicos, de competência da União, além daqueles previstos no art. 21, incisos X a XII, de modo que a hierarquia constitucional com os demais serviços fique assegurada.

Os serviços públicos sociais também dependem, para sua adequada concretização, que o legislador intervenha para organizar os recursos necessários e a forma de seu exercício. Os serviços públicos sociais possuem relação direta com os direitos sociais reconhecidos constitucionalmente (art. 6º), caracterizados como direitos a prestações materiais, devidas pelo Estado.²¹⁸ Caberá ao legislador conformar a prestação desses serviços pelo Estado, dando-lhes o necessário conteúdo para produzir efeitos. Não se trata de instituir novos serviços, mas regulamentar a fruição daqueles que a Constituição já previu em sua ordem social.

Observa-se, portanto, que a Constituição outorgou ao legislador a responsabilidade por regulamentar todas as disposições constitucionais dos serviços públicos. Podemos classificar a liberdade ou o escopo de regulamentação em três categorias distintas, conforme os permissivos constitucionais vistos acima para cada artigo:

- i) regulamentação geral das modalidades de prestação dos serviços públicos, como ocorre com as normas de concessões ou permissões;
- ii) regulamentação, no sentido de conformação legislativa, dos serviços públicos em si considerados, especificados na Constituição. Incluem os serviços do art. 21,

²¹⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco mencionam que a maioria dos direitos a prestação, quer pelo modo como enunciados na Constituição, quer pelas peculiaridades do seu objeto, depende da interposição do legislador para produzir efeitos plenos. Lembram os autores que os direitos a prestação possuem uma dimensão econômica, e estão submetidos à *reserva do possível*. Nesse sentido, “são satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional”. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 161-162.

inciso X (serviço postal e correio aéreo nacional), do art. 21, incisos XI e XII (para as parcelas ou segmentos dessas atividades que forem considerados serviços públicos), do art. 25, § 2º (serviços locais de gás canalizado), do art. 30, inciso V (serviço de transporte coletivo) e dos serviços sociais de saúde, educação, previdência social e assistência social.

- iii) regulamentação que permite ampliar ou reduzir os serviços públicos previstos na Constituição e nas leis. No caso de ampliação, contempla os serviços público de interesse local, de competência municipal (art. 30, inciso V), os serviços públicos da competência residual dos Estados (art. 25, § 1º) e os serviços públicos que o constituinte derivado poderá incluir na competência da União. No caso de redução, contempla os serviços do art. 21, incisos XI e XII, que podem ter parcelas ou segmentos das atividades que o artigo relaciona subtraídos da categoria de serviço público, mediante previsão de exploração desses subserviços em regime de direito privado por terceiros (com uso da autorização).

Considerando a análise acima, procedida em dois passos, podemos concluir que existe, ao mesmo tempo, um núcleo constitucional do serviço público, de regras estáveis, e um espaço de regulamentação do legislador, que possibilita a flexibilização do conteúdo dessas regras.

Diante de todas as premissas e argumentos expostos, propomos o seguinte conceito normativo de serviço público pelo critério constitucional:

- Serviços públicos são todas as atividades de prestação de comodidades ou utilidades individuais, de natureza econômica ou social, desempenhadas exclusivamente pelo Estado ou por particulares mediante os instrumentos de concessão ou permissão, de acordo com as competências repartidas pela Constituição, em regime jurídico que seja integral ou parcialmente de direito público, identificados taxativamente na Constituição, e sujeitos tanto a serem ampliados pelo legislador, com a criação de novos serviços, quanto a serem por ele restringidos, nas atividades em que a Constituição prevê o uso do instrumento da autorização.

O conceito proposto reúne todas as sete premissas referidas no início deste tópico, além de contemplar o núcleo constitucional do serviço público e o espaço de regulamentação do legislador. Eles estão assim dispostos no conceito:

- Concepção restrita quanto à abrangência: *atividades de prestação de comodidades ou utilidades individuais;*

- Consideração de serviços econômicos e sociais no mesmo conceito (ordem econômica e ordem social): *de natureza econômica ou social;*

- Titularidade estatal obrigatória: *desempenhadas exclusivamente pelo Estado ou por particulares mediante os instrumentos de concessão ou permissão;*

- Repartição de competências: *de acordo com as competências repartidas pela Constituição;*
- Regime jurídico de direito público: *em regime jurídico que seja integral ou parcialmente de direito público;*
- Previsão legal: *identificados taxativamente na Constituição;*
- Ampliação ou redução de serviços públicos pelo legislador: *e sujeitos tanto a serem ampliados pelo legislador, com a criação de novos serviços, quanto a serem por ele restringidos, nas atividades em que a Constituição prevê o uso do instrumento da autorização.*

Em suma, podemos perceber no conceito normativo proposto duas dimensões, uma estável e outra dinâmica. A dimensão estável tem relação com o núcleo constitucional do serviço público, ao qual a legislação infraconstitucional deve se submeter, exigindo emenda constitucional para alteração. A dimensão dinâmica tem relação com o espaço de regulamentação do legislador, extraído da própria Constituição, permitindo que os serviços públicos se adaptem às novas circunstâncias.

Deflui-se também do conceito proposto a frase propagada pela doutrina de que é cada povo que diz em seu sistema jurídico o que é serviço público, por meio de suas leis. O conceito que apresentamos foi construído normativamente, ou seja, é relativo ao direito brasileiro, e encontra-se sujeito a mudanças temporais, na medida em que a Constituição pode ser modificada ou mesmo uma nova Carta sobrevir. Não se trata, portanto, de um conceito essencial ou absoluto por natureza, mas condicionado à evolução normativa.²¹⁹

Na esfera de conformação legislativa do conceito proposto, é relevante que se conheçam as motivações que podem conduzir o legislador a ampliar ou reduzir os serviços públicos. As razões podem ser diversas. A mais comum provavelmente seja de caráter político. Afinal, definir quais atividades econômicas serão serviços públicos significa interferir sobre os campos reservados às funções estatais e às atividades deixadas à liberdade de iniciativa, uma vez que são excludentes entre si.²²⁰ Representa uma decisão que deve buscar a intervenção ótima do Estado no domínio econômico, aquela que conciliará o melhor atendimento do interesse coletivo com a limitação ou escassez de recursos estatais.

²¹⁹ A noção de serviço público é sempre evolutiva, condicionada pela relação entre Estado e sociedade, modificável no tempo e refletida na ordem jurídica.

²²⁰ “A qualificação de uma atividade como serviço público exclui a aplicação do regime próprio do direito privado. A submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta a redução da órbita da livre-iniciativa. Quanto mais amplo o universo dos serviços públicos, menor é o campo das atividades de direito privado. E a recíproca é verdadeira.” FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 637.

Pode haver, porém, motivos de ordem jurídica. As necessidades que usualmente os serviços públicos atendem estão relacionadas à concretização de direitos fundamentais.²²¹ Nada impede que os mesmos direitos sejam satisfeitos com a iniciativa privada atuando em paralelo com o Estado, sobretudo nos serviços econômicos.²²² O sopesamento da melhor forma de efetivar os direitos fundamentais, seja enquadrando as atividades como serviço público (publicização) ou como atividade econômica privada (despublicização), caberá ao legislador.²²³

Na aplicação do conceito proposto, pode-se imaginar como hipótese limite que o legislador preveja a forma das autorizações para uma quantidade excessiva de atividades do art. 21, esvaziando o conteúdo constitucional dos serviços públicos econômicos. Se essa situação for atingida, caberá acionar os mecanismos de controle sobre o exercício da atividade legislativa, de modo a avaliar o nível de comprometimento das necessidades coletivas e direitos fundamentais que a Constituição visou proteger em face da despublicização excessiva.²²⁴

Assim como nos conceitos doutrinários do tópico 2.5, reconhece-se no conceito normativo constitucional proposto alguns requisitos das três concepções estudadas, formadoras da base da teoria dos serviços públicos - subjetiva, material e formal -, embora sem identificação direta com nenhuma delas.

O elemento subjetivo, por exemplo, encontra-se no conceito quando ele prevê que o Estado prestará os serviços públicos diretamente. No entanto, o serviço não deixará de ser público quando prestado por pessoa jurídica de direito privado, mediante concessão ou permissão (art. 175). Também a abrangência restrita exclui do conceito de serviço público

²²¹ Alexandre Santos de Aragão recorda que os serviços públicos não são em si um direito fundamental, mas meios de realização de direitos fundamentais autonomamente considerados. O autor também menciona os direitos à melhoria das condições de prestação do serviço (princípio da adaptação) e à manutenção das condições de prestação do serviço (vedação do retrocesso). ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 402 e 408-411.

²²² Os serviços econômicos normalmente exigem vultosos investimentos e são remunerados pelos usuários ou subsidiados pelo Estado, o que atrai o interesse privado.

²²³ Ao tratar de princípio da proporcionalidade e inconstitucionalidade pelo excesso de poder legislativo, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco afirmam que o conceito de discricionariedade no âmbito da legislação traduz, a um só tempo, ideia de liberdade e de limitação. Reconhece-se ao legislador o *poder de conformação* dentro de limites estabelecidos pela Constituição. Porém, o poder de legislar contempla também o dever de legislar, assegurando uma proteção suficiente dos direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 217-218.

²²⁴ Sobre direitos a prestação, Paulo Gustavo Gonet Branco assevera que o fato de a capacidade do Estado ser reduzida para prestar direitos sociais não autoriza toda e qualquer deliberação legislativa que importe degradação no nível das prestações constitucionais. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274-275. Transportando o raciocínio dos serviços (direitos) sociais para os serviços econômicos, entendemos que o legislador deve buscar preservar o mínimo existencial dos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana, ao calibrar legislativamente a divisão das atividades econômicas em sentido amplo entre serviços públicos, que ficam mais próximos da intervenção e controle estatais, e atividades privadas, submetidas a simples regulação de polícia.

outras funções exercidas pela Administração pública, como o poder de polícia, fomento, intervenção ou prestação de serviços *uti universi*. Por fim, a Constituição, nos limites que traça (arts. 173 e 177), permite que o Estado explore por suas entidades atividades econômicas privadas ou sujeitas a monopólio.

O elemento material está presente no conceito no elenco de atividades econômicas e sociais que o constituinte decidiu atribuir ao Estado como serviços públicos, além daquelas que a liberdade do legislador poderá ampliar ou reduzir. Porém, pode ocorrer de não estarem compreendidas entre os serviços públicos, por ausência de previsão legal, atividades de relevante interesse público ou necessidade coletiva. Uma mesma atividade pode ser categorizada como serviço público e atividade econômica privada, a depender do prestador ou da modalidade de prestação, como ocorre com os serviços sociais (arts. 196 a 214) e as atividades de competência da União (art. 21, incisos XI e XII).

O elemento formal aparece no conceito no regime de prestação dos serviços públicos, que deverá ser integral ou parcialmente de direito público (art. 175). A dificuldade quanto à aceitação do critério formal provém da possibilidade de o legislador atribuir diferenciados regimes para os setores compreendidos como serviços públicos, além da variabilidade de regras aplicáveis aos prestadores, como órgãos públicos, entidades da Administração Indireta e terceiros particulares. Escapa-se, assim, à prestação em regime único de direito público.

Para finalizar, refuta-se o pensamento de que no direito brasileiro a categoria dos serviços públicos cedeu espaço e foi substituída pela dos serviços de interesse econômico geral, nascida dos tratados da União Europeia. Não há como acolher essa tese ao observar a densidade de normas e o núcleo constitucional do serviço público refletido no conceito normativo elaborado. Além disso, é impraticável se cogitar que normas externas se sobreponham ao texto constitucional.²²⁵ O conceito proposto neste trabalho demonstra que o serviço público é maleável, mas sem que sua estatura constitucional perca em substância.²²⁶

²²⁵ Nada impede, porém, que estudos e experiências do direito comparado sirvam de fonte para trabalhos doutrinários, ou como conhecimentos úteis às atividades de legisladores e juízes.

²²⁶ A sobrevivência do serviço público é bem ressaltada na afirmação de que “o serviço público, ainda que viva momentos de expansão e de retração, não vai deixar de existir. Poderá variar a sua titularidade, seu objeto, seu regime jurídico, e até as formas de sua prestação, dando maior protagonismo aos operadores privados. Todavia, o substrato público do instituto sempre se manterá”. SARASOLA GORRITI, Silbia. La concesión de servicios públicos municipales: estudio especial de las potestades de intervención. *IVAP*, Oñati, 2003, p. 22-23 *apud* GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios. In: *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 57.

3.5. O novo papel do Estado e o conceito de Serviço Público

Estabelecido no tópico anterior o conceito de serviço público a partir da Constituição, faremos neste tópico uma breve análise das transformações pelas quais passou o Estado brasileiro nas últimas três décadas, com reflexos percebidos na reorganização das funções estatais e na prestação dos serviços públicos. O intuito da análise é reafirmar as conclusões do tópico 3.4, demonstrando que as mudanças verificadas na estrutura estatal e na legislação são perfeitamente compatíveis com o núcleo constitucional do serviço público e o conceito formulado. Faremos a abordagem de modo sintético e por itens.

1 - Transformação do Estado prestacional em Estado regulador

A partir da Constituição de 1988, de modo paulatino, em decorrência de uma sucessão de crises²²⁷, ocorreu uma mudança de paradigma em relação ao papel do Estado, que passou da condição de Estado prestador de serviços e empresário de atividades econômicas para a de Estado regulador. No campo normativo, diversas reformulações foram implementadas, com ampliação da função regulatória do Estado nas relações econômicas e redução da prestação direta de serviços públicos e monopólios da União, bem como alienação de ativos e empresas estatais.²²⁸ A concepção dominante do Estado regulador é a de que sua estrutura deva ser diminuída em benefício da maior participação privada na economia.

Não há incompatibilidade entre o conceito de serviço público proposto neste trabalho e os princípios do Estado regulador. A maior participação privada na prestação de serviços públicos não retira a responsabilidade do Estado, que conserva a titularidade dos serviços delegados. O que ocorre é o incremento do exercício do poder regulatório como atividade administrativa, que passa a compartilhar da mesma relevância que as demais funções estatais.²²⁹

2 - Aumento das privatizações a partir dos anos 90

O Brasil começou a passar, a partir da década de 90, por um amplo processo de privatizações, cujo reflexo nos serviços públicos ocorreu de dois modos: crescimento das

²²⁷ A partir da década de 80, o Brasil enfrenta crises da dívida pública e inflacionária, mostrando limites ao financiamento público do desenvolvimento econômico das décadas anteriores.

²²⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro alude ao que denomina de “Estado Subsidiário”, bem como princípio da subsidiariedade. Segundo a autora, conforme as ideias desse princípio, deve-se reconhecer que a iniciativa privada tem primazia sobre a estatal, em respeito aos direitos individuais. Logo, deve haver uma limitação à intervenção do Estado, devendo ele se abster de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua iniciativa. Por outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada para o sucesso de seus empreendimentos. Por fim, associado a esse princípio, tem-se a ideia de subsidiar a iniciativa privada quando for ela deficiente. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15-21.

²²⁹ Marçal Justen Filho menciona as seguintes funções administrativas: conformadora ou ordenadora, regulatória, de fomento, prestacional (que engloba o serviço público) e de controle. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 36-38.

alienações do patrimônio público, sobretudo empresas estatais, e aumento das delegações (concessões e permissões) de serviços públicos, impondo-se uma regulação mais rigorosa.²³⁰ O marco legal que traçou objetivos fundamentais e regras para a transferência de atividades do setor público para a iniciativa privada foi o PND – Programa Nacional de Desestatização –, de 1997.²³¹ Com propósito semelhante, foi instituído, em 2016, o PPI – Programa de Parcerias de Investimentos –, objetivando estreitar a relação entre Estado e iniciativa privada por meio de parcerias.²³² O tema das privatizações, com seus contornos jurídicos, voltou a ser intensamente debatido nos dias atuais.²³³

As noções de desestatização, desregulamentação e privatização não são precisas, aparecendo de modo indistinto, como sinônimas.²³⁴ Existe um conceito amplo e outro restrito de privatização.²³⁵ A Lei do PND (Lei nº 9.491/1997), por exemplo, utilizou o termo

²³⁰ Luciano Ferraz e Thiago Ferreira Almeida resumem que, “ultrapassada a letargia dos anos 1980, logo após a promulgação da Constituição 1988, verificou-se, no Brasil, um movimento crescente de desestatização (privatizações no segmento empresarial estatal e ampliação do leque de aplicação dos contratos de delegação de serviços públicos), num contexto típico do capitalismo da última década do século XX”. FERRAZ, Luciano e ALMEIDA, Thiago Ferreira. Panorama dos programas brasileiros de privatização: trinta anos depois da Constituição. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 97. Sobre desestatização, Alexandre Santos de Aragão afirma que, “no Brasil, o esgotamento do modelo de intervenção direta na economia e de prestação de serviços públicos pelo próprio Estado, [...], foi agravado por dois fatores: a compressão dos preços e tarifas cobradas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, utilizadas para fins de políticas macroeconômicas, sobretudo para a contenção do processo inflacionário; e a utilização dessas empresas para efetuar operações de financiamento quando a capacidade de endividamento da própria União já estava se esgotando”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 67-68.

²³¹ O PND – Programa Nacional de Desestatização – foi introduzido pela Lei nº 9.491/1997.

²³² O PPI – Programa de Parcerias de Investimentos – foi introduzido pela Lei nº 13.334/2016.

²³³ Os motivos que hoje conduzem os debates sobre privatização, de um lado, e intervencionismo estatal, de outro, não diferem muito do passado. O Brasil enfrenta uma severa crise fiscal e econômica, apresenta enorme deficiência e atraso em infraestrutura competitiva e conta com poucos recursos do orçamento público para investimentos. Constata-se que o legislador tem editado normas conducentes a uma maior participação privada em substituição à atuação estatal. Por exemplo, a Lei nº 13.334/2016, que instituiu o PPI, trata da ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização (art. 1º). A Lei nº 13.448/2017 estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da lei do PPI, para os setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário. A Procuradoria-Geral da República entrou no STF com ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Lei nº 13.448/2017 (ADI nº 5.991), ainda não julgada, contestando especialmente a previsão de prorrogação antecipada de contratos de concessão. Há um projeto no Congresso Nacional discutindo a aprovação de um novo marco regulatório do saneamento básico, para exploração privada desse serviço, com fortalecimento da Agência Nacional de Águas, e outro para o setor ferroviário, para obtenção de autorização de ferrovias privadas. Recentemente, o STF decidiu ser inexigível autorização legislativa para a venda de subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista (ADI nº 5.624), o que facilitará procedimentos de alienação de controle acionário.

²³⁴ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 85.

²³⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que, em sentido amplo, o conceito de privatização abrange todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado. O conceito restrito, por outro lado, abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. O conceito amplo compreende a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a desmonopolização de atividades econômicas, a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização), a concessão de serviços públicos e os *contracting out* (acordos para buscar a colaboração do setor privado, como o instituto da terceirização). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública:

desestatização no sentido amplo de privatização.²³⁶ Mais importante que o termo utilizado, é o sentido jurídico que cada contexto legal apresenta. O que se verifica, em síntese, na privatização ou desestatização, é a instituição de uma pluralidade de mecanismos legais de substituição do intervencionismo direto estatal pela gestão privada de bens, atividades econômicas e serviços públicos. Não significa, porém, afastamento de prerrogativas públicas. Se uma empresa estatal que presta serviço público for alienada pelo Estado, o adquirente passará a ser um prestador indireto daquele serviço, sujeitando-se ao regime jurídico de direito público na condição de terceiro prestador.²³⁷

As desestatizações são também compatíveis com o conceito de serviço público proposto. Elas apenas transferem à iniciativa privada serviços públicos prestados nos termos do art. 175 ou atividades econômicas exploradas diretamente pelo Estado nos termos do art. 173, mas não alteram o regime jurídico dessas atividades ou atenuam o poder regulamentar estatal. A concretização das privatizações ocorre com frequência pela alienação de empresas estatais, com o objetivo de reordenar a presença do Estado na ordem econômica.²³⁸

3 - Aprovação de emendas constitucionais na reforma do Estado

As reformas voltadas à modernização do Estado, iniciadas na década 90, contaram com alterações da própria Constituição. Foram determinantes para as iniciativas de desestatização e aprofundamento das concessões e permissões de serviço público as emendas constitucionais n°s 5, 6, 7, 8 e 9, de 1995.²³⁹

Basicamente, as emendas promoveram uma abertura para que empresas privadas passassem a prestar serviços públicos sob regime de delegação, em setores antes protegidos ou

concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5-8.

²³⁶ Conforme o art. 2º, § 1º, da Lei nº 9.491/1997, considera-se desestatização: a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade; b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade; e c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.

²³⁷ Se uma empresa estatal que explora atividade econômica é alienada, porque não mais necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173 da Constituição), a entidade privada adquirente passa a atuar em regime de livre competição com as demais concorrentes, submetendo-se ao regime geral regulatório e fiscalizatório do art. 174 da Constituição.

²³⁸ No campo dos serviços públicos, o Estado cede seu espaço de prestador direto. No campo das atividades econômicas estritas, diminuem as situações legais de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

²³⁹ A EC nº 5 alterou o § 2º do art. 25 da Constituição, retirando a exclusividade de empresa estatal nos serviços locais de gás canalizado. A EC nº 6 revogou o art. 171 da Constituição. A EC nº 7 alterou o art. 178 da Constituição. A EC nº 8 alterou a redação do art. 21, inciso XI, da Constituição, flexibilizando o modelo de telecomunicações com a introdução do regime de competição no setor. A EC nº 9 acabou como o monopólio estatal do petróleo. A Emenda Constitucional nº 19/1998 alterou diversas normas da Administração Pública conduzindo a um Estado mais gerencial.

exclusivos de empresas estatais, além de quebrarem monopólios públicos. O conceito de serviço público do tópico 3.4 já incorpora as sobreditas alterações.

4 - Criação de novas formas de prestação de serviços públicos econômicos

Nas últimas décadas, ocorreu uma ampliação na variedade de formas de prestação de serviços públicos pela iniciativa privada.²⁴⁰ A prestação de serviços públicos econômicos por particulares incorporou-se com naturalidade à ordem jurídica, concorrendo com os serviços prestados pela Administração pública, especialmente por entidades da Administração Indireta.

Nos termos da Constituição, a concessão e a permissão são as formas básicas de prestação indireta de serviços públicos²⁴¹, mas a regulamentação das modalidades de delegação coube ao legislador ordinário. A concessão de serviço público, por exemplo, é tratada de modo genérico nas Leis nº 8.987/1995, nº 9.074/1995 e nº 11.079/2004.

A partir da edição da lei das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004), foram instituídas duas novas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa, que passaram a coexistir com a concessão comum da Lei nº 8.987/1995. Elas podem ser caracterizadas como espécies do gênero “concessão” previsto no art. 175. Vê-se, assim, como ocorreu com a lei das parcerias público-privadas, que a criação de novos tipos de concessão não atinge o conceito de serviço público proposto neste trabalho.²⁴² Ao contrário, a Constituição concede ao legislador margem para que elabore formas mais eficientes de delegação de serviços públicos.

5 - Incremento das parcerias entre o setor público e o terceiro setor

Entre as diversas formas de parcerias entre o setor público e o setor privado²⁴³, que ocorre nos âmbitos social e econômico, ganhou proeminência, após a Constituição de 1988, as

²⁴⁰ “Uma tendência marcante da atualidade consiste na conjugação de esforços e recursos entre as entidades estatais e a iniciativa privada, visando a ampliar a eficácia na utilização dos recursos econômicos e a gerar serviços públicos mais eficientes, dotados de maior qualidade e com menor custo.” FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 666.

²⁴¹ Antônio Carlos Cintra do Amaral lembra que todos os serviços públicos podem ser prestados diretamente pelo Poder Público, mas nem todos podem ser prestados indiretamente. Somente o serviço público específico e divisível, que possa ser prestado ao usuário mediante pagamento de uma tarifa, é passível de concessão ou permissão. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 35.

²⁴² A concessão comum caracteriza-se, basicamente, pela remuneração exclusivamente tarifária. Na concessão patrocinada, há duas contraprestações, uma tarifa, paga pelo usuário, e um preço privado, pago pelo poder concedente. Na concessão administrativa, o serviço é juridicamente prestado à Administração Pública, que é sua usuária direta ou indireta, com pagamento de um preço privado. *Ibidem*, p. 39 e 41.

²⁴³ Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público.” Nesse sentido amplo, a parceria pode servir a variados objetivos e formalizar-se por diferentes instrumentos jurídicos. Pode ser utilizada como delegação da execução de serviços públicos a particulares (concessão, permissão, parcerias público-privadas), fomento à iniciativa privada de interesse público (convênio, contrato de gestão, termo de parceria), cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública (terceirizações de serviços, obras e fornecimentos), e instrumento

estabelecidas entre o Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos.²⁴⁴ O chamado terceiro setor passou a participar ativamente como executor de atividades de interesse público e social. Várias leis foram editadas para disciplinar essas relações, cada qual instituindo novas modalidades de parcerias.²⁴⁵

A atuação do terceiro setor está fortemente associada aos serviços públicos de natureza social expressos na Constituição, embora possa ele também cooperar em outras áreas²⁴⁶. A própria Constituição faz referência à participação da sociedade no cumprimento de tarefas públicas em artigos do título da ordem social.²⁴⁷

A presença das organizações do terceiro setor não interfere no conceito de serviço público proposto. O Estado continua sendo o responsável direto pela prestação dos serviços sociais, inclusive com aportes de recursos públicos, mas o faz eventualmente com a colaboração de entidades sem fins lucrativos, por meio das parcerias. Destaque-se que a atuação do terceiro setor é diferente da prestação de serviços públicos sociais pela livre iniciativa com finalidade lucrativa, como autoriza a Constituição. Conforme defendemos neste trabalho, no segundo caso existirá atividade econômica, ao invés de serviço público.²⁴⁸

de desburocratização e instauração da Administração Pública gerencial (contratos de gestão). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 15-16. Além das concessões e parcerias público-privadas, Alexandre Santos de Aragão faz referência às seguintes espécies de prestação de serviços públicos por particulares: permissão, autorização contratual, arrendamento, franquias públicas, credenciamento, contrato de gestão, termo de parceria com OSCIPs, gerência privada de estabelecimentos públicos, convênio, consórcio público, termo de colaboração, termo de fomento e acordo de cooperação. Os três últimos estão previstos na Lei nº 13.019/2014. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 539-577.

²⁴⁴ “Parcerias com o terceiro setor correspondem a relações jurídicas travadas entre entidades privadas sem fins lucrativos e o Poder Público, por meio das quais o Estado aporta recursos financeiros, físicos ou humanos para o desenvolvimento de uma atividade ou a realização de um projeto de interesse público previamente ajustado.” MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias com o terceiro setor nos 30 anos da Constituição de 1988*. In: *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 126-127.

²⁴⁵ Fernando Borges Mânica faz menção a um microsistema jurídico das parcerias com o terceiro setor, que incluiria as seguintes modalidades: convênios em sentido estrito (art. 116 da Lei nº 8.666/1993), contratos de gestão com organizações sociais (Lei nº 9.637/1998), termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999), e termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação com organizações da sociedade civil (Lei nº 13.019/2014). *Ibidem*, p. 130.

²⁴⁶ Entidades do terceiro setor podem atuar, por exemplo, em áreas como meio ambiente e cultura, não considerados neste trabalho serviço público.

²⁴⁷ Fernando Borges Mânica cita os seguintes dispositivos constitucionais: arts. 194; 197; 199, § 1º; 204, § 1º; 205 e 225. MÂNICA, Fernando Borges. *Parcerias com o terceiro setor nos 30 anos da Constituição de 1988*. In: *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 126.

²⁴⁸ Tratando dos serviços públicos de saúde, Fernando Borges Mânica lembra que a Lei das Parcerias Público-Privadas prevê a possibilidade de concessão à iniciativa privada, neste caso com fins lucrativos, da prestação de serviços de saúde. As Leis das Organizações Sociais, das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e das Parcerias Público-Privadas ampliaram os modelos de participação privada no setor de saúde, indo além dos *contratos de direito público e convênios* previstos no parágrafo primeiro do art. 199 da Constituição. MÂNICA,

6 - Surgimento das agências reguladoras

Como consequência da ampliação da função regulatória do Estado, surgiram, a partir da década de 90, as agências reguladoras²⁴⁹, com função principal de exercer a regulação e controle de determinados setores ou matérias específicas. A introdução das agências reguladoras no Brasil, com poder normativo, recebeu influência das agências norte-americanas, dentro do movimento de reforma do Estado.²⁵⁰

Existem dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro: as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia²⁵¹, com a imposição de limitações administrativas, fiscalização e repressão; e as que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público (telecomunicações, energia elétrica, transportes, etc) ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias, etc).²⁵² Corroborando o princípio da especialidade, cada agência reguladora tem sua lei própria de criação.²⁵³

A instituição de agências reguladoras independentes, com poder normativo descentralizado, veio em reforço às necessidades de especialização setorial. Sua existência não altera o núcleo constitucional do serviço público, uma vez que sua função é tipicamente regulatória da delegação de serviços públicos, exercendo poderes em nome da Administração Pública concedente.

Fernando Borges. Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 15.

²⁴⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sentido amplo, conceitua agência reguladora como qualquer órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta. Ressalta, no entanto, que elas vêm sendo criadas como autarquias de regime especial. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 594 e 596.

²⁵⁰ O modelo de Estado regulador previa a criação de órgãos reguladores para atuarem nos segmentos econômicos nos quais o Estado reduziu sua participação. As agências reguladoras se encarregariam da execução das políticas públicas traçadas pela Administração Centralizada, promovendo a regulamentação e a fiscalização das atividades em que o Estado não mais seria o empreendedor. NETO, Caio Mario da Silva Pereira, LANCIERI, Filippo Maria e ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Uma proposta de sistematização. In: *Direito da Regulação e Políticas Públicas*. Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 140-185.

²⁵¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita como exemplos de agências que exercem poder de polícia a Anvisa, a ANS e a ANA, além de outras entidades que já existiam, como o Banco Central, o Cade, a Secretaria da Receita Federal e o Conselho Monetário Nacional. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 595.

²⁵² São exemplos a ANEEL, a ANATEL e a ANP, instituídas, respectivamente, pelas Leis nº 9.427/1996, nº 9.472/1997 e nº 9.478/1997. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 594.

²⁵³ Recentemente foi aprovada e sancionada a Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. A norma aprovada não retira a especialidade dos regimes das agências individuais, mas estabelece regras de caráter geral incidentes sobre todas elas.

7 - Expansão legislativa e especialização setorial

Uma consequência da progressiva complexidade dos serviços públicos, nos tempos recentes, foi a expansão da legislação ordinária setorial. As leis regulamentadoras passaram a distinguir, para cada atividade, regimes jurídicos específicos. O ordenamento atual contém um verdadeiro sistema de normas para os serviços públicos, algumas mais abrangentes, com regras gerais, outras mais específicas, para cada atividade prevista na Constituição. O crescimento da quantidade e heterogeneidade de normas se explica, entre outros fatores, pela intensidade tecnológica e aumento das exigências dos usuários. A clássica concepção dos serviços públicos submetidos a regras estritas e uniformes de direito público não sobreviveu à modernidade.²⁵⁴

A especialização normativa conduz à previsão de regimes jurídicos diferenciados que melhor atendam às características de cada serviço, estando afeta ao espaço de liberdade conformadora do legislador.²⁵⁵ No conceito proposto no tópico 3.4, a especialização normativa foi considerada nos limites constitucionais estabelecidos à ampliação ou restrição de serviços públicos pelo legislador.

8 - As empresas estatais e seu novo regime jurídico

Quando nos referimos à prestação direta, os serviços públicos podem ser assumidos por órgãos da Administração Direta ou por entidades da Administração Indireta, estas com personalidade jurídica própria.²⁵⁶ Os serviços públicos de natureza econômica (art. 21, incisos X a XII) usualmente são prestados por empresas estatais²⁵⁷, gênero que inclui as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias (controladas).²⁵⁸

As empresas estatais se submetem a um regime misto de normas de direito público e privado²⁵⁹. São criadas para o desempenho de atividades econômicas gerais, tanto as previstas

²⁵⁴ Pelo princípio da especialidade, sempre que houver uma norma especial, ela deve prevalecer sobre as normas gerais.

²⁵⁵ Inclusive para retirar parcelas ou segmentos das atividades da categoria dos serviços públicos, transformando-os em atividades econômicas sujeitas ao poder de polícia e regulamentação estatal.

²⁵⁶ As entidades da Administração Indireta, além de prestarem serviços públicos, também exercem poder de polícia e exploram atividades de natureza econômica. No art. 4º do Decreto-lei nº 200/67, Administração Indireta significa o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas ou autorizadas por lei, para o desempenho de atividades assumidas pelo Estado, como serviços públicos ou a título de intervenção no domínio econômico. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 527.

²⁵⁷ Essa regra não é obrigatória. Existem empresas públicas que prestam serviço público de natureza social, como é exemplo a EBSEH – Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares – cuja autorização para criação foi prevista na Lei nº 12.550/2011. E existem autarquias que têm por finalidade prestar serviço público de natureza econômica, como é exemplo o DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

²⁵⁸ Marçal Justen Filho afirma que não estão contempladas entre as sociedades estatais as sociedades destinadas ao desempenho de atividades puramente privadas, com participação minoritária do poder público, ainda que o ente estatal integre o grupo de controle. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 166.

²⁵⁹ As empresas públicas e sociedades de economia mista foram idealizadas como pessoas jurídicas de direito privado. A professora Odete Medauar, sobre o tema, leciona: “As *estatais* foram sendo criadas, de modo mais acentuado nas décadas de 60 e 70, como forma de participação direta do Estado na atividade econômica. Visando

no art. 173, quanto os serviços públicos do art. 175 da Constituição. Cumprem diferentes propósitos, como instrumentalizar a execução de políticas públicas para consecução de objetivos governamentais, servir ao alcance de objetivos macroeconômicos ou auxiliar a implementação de políticas industriais setorializadas.²⁶⁰ A derrogação parcial do direito comum é essencial para que se mantenha o vínculo entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu, possibilitando à primeira atuar como instrumento de ação do Estado.²⁶¹

O art. 173, § 1º, da Constituição foi regulamentado recentemente pela Lei nº 13.303/2016. Discute-se sobre a abrangência que o legislador quis conferir a esse estatuto. Embora a previsão de criação da lei esteja no art. 173, § 1º, que trata da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, seu art. 1º estabelece uma aplicação mais ampla, que inclui as empresas estatais prestadoras de serviços públicos.²⁶² A doutrina, todavia, não é unânime sobre essa questão.²⁶³

As empresas estatais prestadoras de serviços públicos, mesmo não sendo empresas concessionárias, submetem-se ao art. 175 da Constituição, quanto aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter serviço adequado, e aos princípios que

a lhes conferir a mesma agilidade, eficiência e produtividade das empresas do setor privado e sobretudo para impedir concorrência desleal, foram criadas à imagem e semelhança destas, principalmente pela atribuição de personalidade jurídica de direito privado, do que decorreria a incidência precípua do direito privado sobre sua atuação”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.77.

²⁶⁰ JUNIOR, Mario Engler Pinto Junior, *op cit.*, p. 233-234 e 242-246.

²⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 562.

²⁶² O art. 1º da Lei nº 13.303/2016 diz: “Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

²⁶³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece que a lei das estatais se aplica tanto às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exercem atividade econômica em sentido estrito, quanto às que prestam serviços públicos, mas pondera que muitas das normas são aplicáveis apenas às primeiras, “razão pela qual cabe ao intérprete, em cada situação, separar o que é e o que não é aplicável às empresas estatais prestadoras de serviços públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 552-553. Marçal Justen Filho defende que a lei das estatais adotou como critério de tratamento jurídico o modo de organização da atividade desempenhada, e não a natureza material dessa atividade (art. 1º da Lei nº 13.303/2016 c/c art. 966 do Código Civil). De acordo com o autor, a lei das estatais incorporou relativamente às sociedades estatais o enfoque de empresa, do Direito Comercial, reconhecendo que algumas são organizadas empresarialmente e outras não. Portanto, a lei incorporou a distinção entre sociedades empresárias e não empresárias, dando-lhe aplicação no âmbito das entidades estatais. Se uma entidade estatal prestadora de serviço público não estiver organizada como empresa, ela não se subordinará ao estatuto das estatais. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 183-186. Em artigo que alude à administração pública empresarial, Rafael Wallbach Schwind defende que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não perdem sua caracterização jurídica de *empresas*, ainda que a atividade desempenhada tenha relevância, o que impõe a elas o dever de agirem empresarialmente, segundo mecanismos de Direito Privado. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Admissão das empresas estatais como verdadeiras empresas. Consagração de uma administração pública empresarial*. In: *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 116 e 118.

regem a prestação de serviços públicos (continuidade, isonomia, mutabilidade, etc).²⁶⁴ Sujeitam-se à fiscalização e normatização das agências reguladoras. Enquadram-se, no conceito proposto neste trabalho, como instrumentos de que o Estado dispõe para a prestação direta de serviços públicos.

9 - Introdução da concorrência nos serviços públicos

O modelo tradicional de serviço público executado por um único prestador, seja uma entidade do próprio Estado ou uma empresa delegatária, cedeu lugar, nos últimos tempos, à instauração de um ambiente concorrencial, no qual vários prestadores, públicos e privados, podem atuar no mercado do mesmo serviço público.²⁶⁵ A titularidade dos serviços públicos reservada ao Estado não impede que empresas delegatárias do mesmo setor concorram entre si²⁶⁶, ou ainda que atuem ao lado de agentes autorizatários que explorem a atividade fora do regime de serviço público.²⁶⁷

Aparentemente, não há na Constituição nenhuma norma que proíba que mais de um prestador atue no mesmo segmento.²⁶⁸ Assim, mostra-se compatível com a ordem constitucional a substituição do regime de exclusividade ou monopolístico pelo de concorrência, que já é realidade, inclusive, em muitos setores. O conceito de serviço público do tópico 3.4 não traz nenhuma limitação à introdução da concorrência entre os prestadores.

10 - Proteção dos usuários dos serviços públicos e direitos do consumidor

Recentemente, foi editada a Lei nº 13.460/2017²⁶⁹, que contempla, entre outras normas, os direitos básicos e deveres dos usuários, especialmente o direito à adequada prestação dos serviços, e que obriga os agentes públicos e prestadores de serviços públicos a observarem as

²⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, 2019, p. 550.

²⁶⁵ “Fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica, propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas ao regime de serviço público, a instalação da concorrência - prestação por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado - fosse, não apenas possível, mas mesmo aconselhável do ponto de vista dos direitos individuais e sociais a serem perseguidos.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 233: 311-371, Jul./Set. 2003.

²⁶⁶ Alexandre Santos de Aragão lembra que o art. 16 da Lei nº 8.987/1995 consagra a visão de concorrência nos serviços públicos, ao estatuir que “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.” *Idem*.

²⁶⁷ Vitor Rhein Schirato distingue os casos de prestação concorrencial sem assimetria de regimes jurídicos (p. ex., concorrência entre concessionários, todos submetidos ao regime de serviço público) e com assimetria de regimes jurídicos (p. ex., concorrência entre concessionários e particulares que atuam em regime privado). SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 279-292.

²⁶⁸ Pelo texto constitucional, uma exceção seria o art. 21, inciso X, que diz competir à União manter o serviço postal e o correio aéreo nacional, sem previsão de delegação, como fazem os incisos XI e XII. É importante também ressaltar que a exclusividade na prestação de serviços públicos muitas vezes decorre da presença de um monopólio natural, que inviabiliza economicamente a exploração por vários agentes.

²⁶⁹ A lei estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública.

diretrizes nela positivadas (art. 5º). O âmbito de aplicação da lei é maior que o dos serviços públicos como conceituado neste trabalho, e envolve outras atividades administrativas.

Quanto à utilização das normas de direito do consumidor, o que usualmente a doutrina defende é a aplicação subsidiária, e não integral, do Código de Defesa do Consumidor à prestação de serviços públicos.²⁷⁰

11 - Serviços públicos e direitos fundamentais

Um modo de compreender os serviços públicos, e a razão pela qual o Estado tem a obrigação de prestá-los, é por meio de sua relação com os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais e econômicos de segunda geração, que impõem deveres positivos de concretização ao Estado.²⁷¹ A prestação de serviços públicos, nesse sentido, emerge como instrumento necessário para a realização dos direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional.²⁷²

Importante destacar que os serviços públicos não são direitos fundamentais em si, mas são estes últimos que justificam o dever estatal de prestar essas atividades.²⁷³ Cabe observar que o Estado concretiza direitos fundamentais não apenas com serviços públicos, mas também no exercício de outras funções. Nada impede, por fim, que atividades econômicas exploradas pela iniciativa privada também tenham a capacidade de assegurar direitos fundamentais, não ficando restritos apenas aos serviços públicos.²⁷⁴

12 - Serviços públicos e infraestrutura

A prestação de serviços públicos depende, muitas vezes, da realização de vultosos investimentos em infraestrutura, entendida esta como as instalações essenciais para que os serviços possam ser regularmente usufruídos pela sociedade.²⁷⁵ Nos serviços públicos

²⁷⁰ Segundo Marçal Justen Filho, a aplicação do CDC nos serviços públicos apenas será cabível quando configurada uma relação de consumo, que não existe de modo automático em toda e qualquer prestação de serviço público. FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 654.

²⁷¹ “Para que se tenha a realização completa dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos pela Constituição Federal de 1988, o texto constitucional colocou à disposição do Estado um instrumento denominado serviço público, em consonância com o disposto no artigo 175. Na medida em que a plêiade de direitos assegurados aos cidadãos aumenta (como ocorre com a integração à esfera dos direitos fundamentais dos direitos sociais e econômicos), devem existir instrumentos eficazes para possibilitar ao Estado a satisfação plena e adequada de tais direitos, dos quais emergem a necessidade e o fundamento dos serviços públicos”. SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa nos serviços públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 103.

²⁷² *Ibidem*, p. 102.

²⁷³ Vitor Rhein Schirato sustenta que os administrados possuem direito subjetivo público de exigir do Estado que este preste serviços públicos. *Ibidem*, p. 115.

²⁷⁴ Uma das justificativas teóricas para que determinadas atividades não precisem ser assumidas como serviço público pelo Estado é o melhor atendimento das necessidades coletivas e direitos fundamentais pelo direito privado. Ver, p. ex., FILHO, Marçal Justen. Curso de direito administrativo. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 637.

²⁷⁵ “A infraestrutura tem por característica a artificialidade, ou seja, é uma obra ou instalação artificial de titularidade do Estado, vinculada à exploração de um serviço público ou atividade econômica ou a um uso geral,

econômicos, de titularidade estatal, a infraestrutura é planejada e controlada pelo Estado²⁷⁶, embora possa ser provida por ele ou por terceiros delegatários.

As decisões na área de infraestrutura são tipicamente políticas e estratégicas. Nesse sentido, o Poder Público pode optar entre delegar os serviços públicos, ou prestá-los diretamente, tendo por critério aspectos como materialidade e premência dos investimentos em infraestrutura.

13 - Distinção entre serviço público, poder de polícia e regulação

Para encerrar, convém distinguir três termos, por vezes confundidos: serviço público, poder de polícia e regulação.

Poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades.²⁷⁷ Em sentido amplo, inclui tanto a edição de atos normativos (normas do Legislativo e Executivo), quanto de atos administrativos (autorizações, licenças, etc).²⁷⁸ Os fins pretendidos pelo poder de polícia são diferentes da prestação de serviços públicos. No poder de polícia, o Estado busca conformar, restringir o exercício de liberdades individuais, criando limitações administrativas, em medida proporcional, a bens, direitos e atividades dos particulares. No serviço público, o Estado presta atividades positivas de interesse coletivo, por seus órgãos e entidades, ou mediante delegação a agentes privados, definidas em lei e mediante regime jurídico próprio.

A regulação envolve outra vertente de atuação. Trata-se de uma forma de intervenção indireta do Estado na economia, que não se confunde com a atuação empresarial direta do Estado.²⁷⁹ A regulação envolve um conjunto de ações, inclusive normativas, que visam impor

remunerado ou não.” BERCOVICI, Gilberto. *Infraestrutura e desenvolvimento*. In: *Elementos de Direito da Infraestrutura*. Gilberto Bercovici, Rafael Valim (coordenadores). São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 22.

²⁷⁶ “Em geral, a infraestrutura constitui um monopólio natural controlado pelo Estado, fornecendo produtos ou serviços para um grande número de usuários, afetando, assim, o bem-estar da população e o desempenho das empresas e produzindo efeitos diretos e indiretos por toda a economia.” *Idem*.

²⁷⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 333.

²⁷⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro diferencia o conceito clássico (concepção liberal do século XVIII) do conceito moderno (adotado no direito brasileiro). No primeiro, poder de polícia compreendia a “atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança”. No segundo, compreende a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 153.

²⁷⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137. O autor afirma que o termo regulação é “polissêmico”, admitindo, ao menos, três sentidos diversos: a) sentido amplo: regulação é toda forma de intervenção estatal, correspondendo ao conceito genérico de intervenção estatal na economia, o que engloba tanto a atuação direta do Estado como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas; b) sentido intermediário (ao qual o autor se filia): regulação estatal equivale ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada, excluindo-se, portanto, a atuação direta do Estado na economia; e c) sentido restrito: regulação seria somente o condicionamento da atividade econômica por lei ou ato normativo. O autor aponta três prerrogativas inerentes à atividade regulatória: a) a edição de normas; b) a implementação concreta das normas; e c) a fiscalização do cumprimento das normas e punições das infrações.

determinados comportamentos aos agentes econômicos regulados. Pode incidir sobre qualquer atividade econômica, incluindo os serviços públicos.²⁸⁰

²⁸⁰ Além da regulação estatal, há a autorregulação, aquela exercida pelos próprios agentes regulados, sem interferência do Estado.

4. O Serviço Público na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

4.1. Considerações Gerais

Sabe-se que não é tarefa exclusiva da doutrina compreender e organizar o Direito. Os julgadores também contribuem com o seu desenvolvimento quando aplicam as normas e solucionam questões jurídicas reais. Uma das expressões visíveis da atuação dos juízes, a quem incumbe a autoridade de decidir os casos concretos, é a jurisprudência, conjunto de decisões sobre a interpretação das leis e do Direito. Sobre sua relevância, Paulo Nader expõe: “A jurisprudência – coletânea de julgados uniformes sobre determinada questão jurídica – é fundamental para a segurança jurídica. A convergência de entendimentos sobre a interpretação da ordem jurídica é necessária aos destinatários da lei, pois proporcionam-lhe o *saber a que se ater*”.²⁸¹

O Supremo Tribunal Federal tem, como competência precípua, a guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da Carta Magna. O vasto conteúdo de regras e princípios que a carta constitucional alberga eleva a importância do STF como intérprete e revelador do conteúdo e sentido das normas constitucionais.²⁸² Como fonte do direito, é essencial que se conheça e se compreenda a jurisprudência do STF se as normas analisadas envolverem a Constituição.

Nos capítulos anteriores, nos dedicamos a estudar e analisar os serviços públicos pelos pontos de vista teórico, doutrinário e normativo, este último a partir da Constituição Federal, de onde elaboramos o conceito proposto no problema de pesquisa. Neste capítulo, nosso objetivo é avaliar como o conceito de serviço público vem sendo tratado pelo Supremo Tribunal Federal, e sobre ele proceder a uma análise crítica. A forma mais eficaz de estudar a jurisprudência do STF é pela exposição e explicação de seus julgados mais significativos. Com essa exposição, fecharemos o estudo dos serviços públicos pela perspectiva jurisprudencial, complementando as concepções doutrinária e normativa dos capítulos 2 e 3.

²⁸¹ NADER, Paulo. Filosofia do direito. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 118.

²⁸² Sobre a constitucionalização do Direito no Brasil, reforçada pela Carta de 1988, Luis Roberto Barroso exprime: “a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema”. Continua o autor: “A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal”. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

Este capítulo será subdividido em dois tópicos: 4.2 - Principais julgados comentados; 4.3 - Análise crítica da jurisprudência do STF.

4.2. Principais julgados comentados

Passa-se agora aos comentários das decisões mais importantes emanadas do STF sobre serviços públicos, que nos permitirá compreender como a Corte Suprema realiza a interpretação do texto da Constituição nessa matéria, dele extraíndo a norma concretizadora, expressa, ao fim, na jurisprudência do Tribunal.²⁸³ Não se pretende exaurir todos os julgados do STF sobre serviços públicos, tarefa que seria por demais ampla. Dado o escopo limitado do trabalho, serão selecionados os julgamentos mais relevantes da Corte e resumidas as teses neles debatidas que impactaram a jurisprudência.²⁸⁴

1 - Recurso Extraordinário nº 220.906-9-DF²⁸⁵

A tese decidida no recurso foi a da não incidência, em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública que não exerce atividade econômica, mas presta serviço público de competência da União, da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Foram julgados juntos, tratando da mesma matéria, os RE nº 225.011, RE nº 229.696, RE nº 230.051 e RE nº 230.072.

Com isso, decidiu o STF que deveriam ser observados, em relação à referida empresa, o regime de precatório do art. 100 da Constituição e a impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. A empresa também não se submeteria ao regime das empresas privadas ao qual se submetem as estatais que exploram atividade econômica. Assim, o fato de a Empresa de Correios e Telégrafos ter personalidade de direito privado, não a afasta de sua equiparação à Fazenda Pública, pois constitui empresa pública prestadora de serviço público.

²⁸³ Cabe, aqui, aludir à diferenciação entre texto normativo e norma, essencial à compreensão da hermenêutica jurídica e constitucional nos dias atuais. Recorrendo ao paradigma pós-positivista, sobretudo à teoria estruturante de Friedrich Müller, Georges Abboud explana a distinção: “A norma somente existe diante da problematização de um caso concreto, seja real ou fictício e não está contida na lei. Somente após a interpretação a norma é produzida, sendo realizada na linguagem, diante da problematização, quando contraposta aos fatos jurídicos e à controvérsia judicial que pretende solucionar”. ABOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 65-66. Ainda sobre texto e norma, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco aludem à mutação constitucional, quando a Constituição muda, sem que suas palavras tenham sofrido modificação. Como norma e texto não se confundem, na mutação constitucional ocorre uma mudança de norma, mantido o texto. MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 134.

²⁸⁴ Tomaremos por base a seleção de julgados escolhidos por ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 125-128 e CONRADO, Regis da Silva. Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233-282, além de outras decisões mais recentes que entendermos importantes.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 220.906. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Julgado em: 16 nov. 2000. DJ 14-11-2002.

2 - Recurso Extraordinário nº 220.999-7-PE²⁸⁶

A tese vencedora foi a de que a União não teria a obrigação, ou o dever, de oferecer os serviços de transporte fluvial (art. 21, inciso XII, alínea “d”), prestados por estatal sua, a empresas privadas dependentes desse transporte.

A discussão envolveu a paralisação das atividades de uma empresa pública (transporte fluvial), que afetou a produção de uma empresa privada que dependia desses serviços. A tese vencedora, do Ministro Nelson Jobim, fez menção ao critério material ou objetivo da noção de serviço público, para concluir que o transporte fluvial, naquele caso, não seria um serviço público essencial, existencial e indispensável para a sociedade (mencionou textos dos professores Ruy Cirne Lima e Eros Grau e de Léon Duguit).

3 - Recurso Extraordinário nº 172.816-7-RJ²⁸⁷

A tese defendida foi a de que a exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres compete somente à União (art. 21, inciso XII, alínea “f”). Sendo assim, uma sociedade de economia mista federal que explore o serviço de docas, em regime de exclusividade, não pode ter seus bens desapropriados por um ente estadual, devido à natureza de serviço público da atividade. Decidiu-se que não se aplica o art. 173, § 1º, da Constituição, às sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram serviço público.

O caso envolveu a tentativa de desapropriação, por declaração de utilidade pública, de imóvel da Companhia Docas do Rio de Janeiro (sociedade de economia mista federal), pelo Estado do Rio de Janeiro. Fixou-se que empresa privada que, mediante concessão, explore serviço de docas, também não pode ter seus bens desapropriados por Estado.

4 - Recurso Extraordinário nº 89.876-RJ²⁸⁸

A discussão envolveu determinar a natureza jurídica da chamada tarifa básica de limpeza urbana, que fora criada por decreto municipal, se seria taxa (sujeita à reserva legal) ou tarifa. O Ministro Moreira Alves defendeu a concepção de que é pela natureza do serviço prestado que se saberá se ele é obrigatório ou devido pelo Poder Público, ou apenas uma faculdade, podendo prestá-lo ou não. Se o serviço é propriamente público (obrigatório), pois envolvido o interesse de toda a coletividade, a contrapartida de sua prestação só pode ser a taxa, não podendo o particular ser dispensado do serviço pelo Poder Público. A decisão considerou

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 220.999. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 25 abr. 2000. DJ 24-11-2000.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 172.816. Relator: Ministro Paulo Brossard. Julgado em: 09 fev. 1994. DJ 13-05-1994.

²⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 89.876. Relator: Ministro Moreira Alves. Julgado em: 04 set. 1980. DJ 10-10-1980.

o serviço de remoção de lixo como essencial, cabendo sua remuneração apenas mediante taxa, e não tarifa, restando o decreto inconstitucional.

Afastou-se, no caso, a aplicação da Súmula nº 545 do STF²⁸⁹. A súmula estabelece que a cobrança de taxas é compulsória. Independe, assim, da utilização do serviço pelo particular, bastando que esteja colocado à sua disposição. No entanto, para o Ministro Moreira Alves, esse critério seria insuficiente, pois há taxas exigidas apenas de quem requer o serviço (p. ex. taxa judiciária). Portanto, o critério que deve prevalecer é o da avaliação se o serviço é ou não função essencial do Poder Público. Nesse sentido, a contrapartida será taxa se o serviço público for próprio do Estado (propriamente dito, que visa, em primeiro plano, à coletividade, de prestação obrigatória). A contrapartida será preço público se o serviço prestado for comercial ou industrial.

5 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 447-6-DF²⁹⁰

O aspecto relevante dessa decisão foi a classificação dos serviços públicos defendida pelo Ministro Carlos Velloso, baseada em pensamento exposto anteriormente pelo Ministro Moreira Alves no RE nº 89.876-RJ. Na proposição, os serviços públicos seriam classificados em: i) propriamente estatais: o Estado atua no exercício de sua soberania, sendo tais serviços, por isso, indelegáveis. O Estado pode ser remunerado mediante a cobrança de taxas dos usuários, mas só quando estes utilizarem o serviço (p. ex. serviço judiciário e de emissão de passaporte); ii) essenciais ao interesse público: prestados no interesse da comunidade, são remunerados mediante taxa, sendo que esta incide sobre a utilização tanto efetiva quanto potencial do serviço (p. ex. coleta de lixo); e iii) não essenciais: serviços que, não utilizados, não resulta dano ou prejuízo para a comunidade ou o interesse público. São delegáveis, podem ser concedidos e remunerados mediante preço público (p. ex. serviços telefônicos e de distribuição de energia elétrica).

O caso envolveu a análise da constitucionalidade da taxa de conservação rodoviária, instituída por lei federal.²⁹¹ O Ministro Carlos Velloso ficou vencido, pois, na situação analisada, entendeu que o serviço de conservação de rodovias era essencial ao interesse público, enquanto a maioria vencedora entendeu que a taxa era inconstitucional. Embora vencido o

²⁸⁹ Súmula 545 do STF: “Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu”.

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 447. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Julgado em: 05 jun. 1991. DJ 05-03-1993.

²⁹¹ Lei nº 8.155/1990.

Ministro Carlos Velloso, não o foi por discordância quanto à classificação apresentada, mas por outros argumentos dos demais ministros.

6 - Recurso Extraordinário nº 218.061-5-SP²⁹²

Nesse recurso, discutiu-se a constitucionalidade do chamado Adicional da Tarifa Portuária²⁹³, se teria natureza remuneratória de preço ou taxa. Houve divergência nos votos. A tese que prevaleceu foi a de que a natureza jurídica do A.T.P. seria de contribuição de intervenção no domínio econômico.

Em relação ao tema dos serviços públicos, cabe menção a uma passagem do voto do Ministro Nelson Jobim, quando fez análise do período de tempo em que a gestora do A.T.P. foi a Portobrás, estatal federal. Resgatando a classificação do Ministro Moreira Alves (também do Ministro Carlos Velloso, conforme a ADI nº 447-6-DF), entendeu o Ministro Nelson Jobim que a categoria “serviços públicos essenciais ao interesse público”, da classificação original, deveria se desdobrar em duas subcategorias. Isso porque o caso analisado levava a uma situação não prevista, de um serviço (portuário) cuja remuneração somente seria devida pela utilização efetiva, e que não podia ser prestado por terceiros (somente a Portobrás prestava). Assim, a seguinte classificação (mais ampliada) dos serviços públicos foi defendida pelo Ministro Nelson Jobim: i) serviços ínsitos à soberania (ou propriamente estatais); ii) serviços essenciais ao interesse público, subdivididos agora entre aqueles que a remuneração depende de utilização efetiva (caso do A.T.P. do serviço portuário) e aqueles cuja utilização pode ser efetiva ou potencial; e iii) serviços não essenciais.

7 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 83-7-MG²⁹⁴

A ação discutiu a inconstitucionalidade de disposição transitória de Constituição Estadual que impôs prestações de natureza salarial (reajustamento progressivo) a todas as pessoas de direito privado integrantes da administração indireta estadual. A norma foi considerada inconstitucional, pois, no regime próprio das empresas privadas, o *quantum* da prestação salarial só pode decorrer de três fontes normativas: da lei (matéria de Direito do Trabalho, de competência exclusiva da União), de sentença normativa ou do contrato individual ou coletivo de trabalho.

²⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 218.061. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 04 mar. 1999. DJ 08-09-2000.

²⁹³ O A.T.P. foi instituído pela Lei nº 7.700/1988, fixado em 50%, incidente sobre as operações realizadas com mercadorias importadas ou exportadas, objeto do comércio na navegação de longo curso.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 83. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 24 abr. 1991. DJ 18-10-1991.

Conforme decidido nessa ação, a inconstitucionalidade do reajuste salarial progressivo alcançaria também os empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas estaduais prestadoras de serviços públicos, e não apenas exploradoras de atividades econômicas, porque a relação de trabalho com pessoa jurídica privada (no caso, qualquer empresa estatal) seria sempre uma relação de Direito Privado. Prevaleceu, nesse caso, a natureza jurídica privada da entidade estatal como fator determinante do regime aplicável.

8 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 449-2-DF²⁹⁵

Nessa ação, a tese defendida foi a de que ao Banco Central do Brasil se aplicaria o regime de pessoal da Lei nº 8.112/1990, dado o fato de a referida instituição ser uma autarquia de direito público, que exerce serviço público, e desempenha parcela do poder de polícia da União, no setor financeiro.

Houve divergência, nessa ação, sobre se as autarquias poderiam ser divididas entre as que prestam serviço público e as que exercem atividade econômica, para aplicação do regime da Lei nº 8.112/1990 ou do regime celetista. Enquanto o Ministro Carlos Velloso defendeu a divisão, o Ministro Néri da Silveira afirmou que nenhuma autarquia deveria se enquadrar no art. 173, § 1º, da Constituição. Apesar dos argumentos, prevaleceu na decisão a natureza jurídica de autarquia do Banco Central como elemento determinante da aplicabilidade à instituição do regime de pessoal dos servidores públicos civis da União.

9 - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.552-4-União Federal²⁹⁶

A tese que predominou nessa ação, que teve a cautelar deferida, foi no sentido de excluir da incidência do art. 3º da Medida Provisória nº 1.522/1996, que cuidava da não aplicação, à toda a administração pública (direta e indireta), de normas do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/1994) relativas à disciplina do advogado empregado, as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica, em sentido estrito, sem monopólio, que se sujeitam ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, conforme o art. 173, § 1º, da Constituição.

A técnica da interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, foi utilizada nessa decisão. Como resultado, permaneceu válida a aplicabilidade do dispositivo legal questionado às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público. O critério da atividade exercida pela estatal foi assim preponderante para decidir.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 449. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 29 ago. 1996. DJ 22-11-1996.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1552 MC. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 17 abr. 1997. DJ 17-04-1998.

10 - Recurso Extraordinário nº 407.099-5-RS²⁹⁷

No recurso, entendeu-se que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública prestadora de serviço público, de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (art. 21, inciso X, da Constituição), estaria abrangida pela imunidade tributária recíproca (art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição). O caso envolvia execução movida pelo Município de São Borja/RS em face da ECT, relativa a impostos municipais.

O relator, Ministro Carlos Velloso, defendeu em seu voto que, à situação da Empresa de Correios e Telégrafos, se aplicaria o art. 150, § 2º, da Constituição (que estende a imunidade recíproca às autarquias e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público), enquanto que o art. 150, § 3º (não aplicação da imunidade) teria como destinatário entidade estatal que explorasse atividade econômica regida pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que houvesse contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelos usuários.²⁹⁸²⁹⁹

11 - Recurso Extraordinário nº 580.264-RS³⁰⁰

Embora tenha havido divergência, prevaleceu, no julgamento, o reconhecimento da imunidade tributária recíproca (art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição) às sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, desde que não tenham por finalidade a obtenção de lucro, de capital social majoritariamente estatal.

No caso analisado, a União detinha 99,99%, obtidos por desapropriação, do capital social da entidade hospitalar recorrente (sociedade anônima), que se dedicava integralmente à prestação de serviços pelo Sistema Único de Saúde (SUS). O Ministro Ayres Britto, que abriu divergência para a tese vencedora, reforçou o caráter eminentemente público da atividade de saúde, mencionando os arts. 6º e 196 a 198 da Constituição, sem deixar de reconhecer a atuação subsidiária da iniciativa privada na saúde. Tendo em vista o elevado percentual do controle da entidade pela União, entendeu-se cabível a imunidade. Considerou-se relevante o fato de a

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RE 407099. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 22 jun. 2004. DJ 06-08-2004.

²⁹⁸ No Recurso Extraordinário nº 363.412-BA, o STF também reconheceu a imunidade tributária recíproca da Infraero. No RE nº 253.472-SP, a imunidade quanto ao recolhimento do IPTU da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). No AgR-RE nº 631.309-SP, em caso envolvendo a Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), a Segunda Turma do STF entendeu que a sociedade de economia mista prestadora de serviço público de água e esgoto estava abrangida pela imunidade tributária recíproca. No AgR-RE nº 610.517-RJ, foi estendida à Casa da Moeda do Brasil, empresa governamental delegatária de serviços públicos, a imunidade tributária recíproca. Nos termos da ementa desse último recurso, a outorga de delegação à Casa da Moeda, mediante lei, não descaracteriza a estatalidade do serviço público, notadamente quando constitucionalmente monopolizado pela pessoa política (União) que é dele titular.

²⁹⁹ Na Ação Cível Originária nº 765-1-RJ, decidiu-se, igualmente, quanto à imunidade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos em relação ao Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA).

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 580264. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator p/ Acórdão: Ministro Ayres Britto. Julgado em: 16 dez. 2010. Repercussão Geral – Mérito. DJe-192. Divulg. 05-10-2011. Public. 06-10-2011.

atividade (saúde) prestada pela entidade hospitalar relacionar-se à atuação direta (própria) do Estado na prestação de um serviço público que também é direito fundamental.

12 - Recurso Extraordinário nº 599.628-DF³⁰¹

A tese fixada no julgamento desse recurso foi a de que os privilégios da Fazenda Pública, como o pagamento de precatório de dívidas de decisões judiciais, não poderiam se estender às sociedades de economia mista que executassem atividades em regime de concorrência ou que tivessem como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

O caso analisado envolvia a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (Eletronorte). Houve discordância entre os julgadores. Os vencidos entendiam que, sendo a atividade um serviço público, e a sociedade prestadora controlada pela União, a impenhorabilidade dos bens se justificaria. Mas, para o Ministro Joaquim Barbosa, que abriu a divergência, poderia ocorrer um desequilíbrio nas condições de concorrência, prejudicando outras pessoas jurídicas prestadoras da mesma atividade, se prerrogativa constitucional inerente ao Estado fosse estendida à sociedade de economia mista. Nesse sentido, não pode existir o privilégio do precatório se a estatal atua em um ambiente de concorrência, onde não há monopólio, visando ao lucro.

13 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46-7-DF³⁰²

A ação foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Distribuição, tendo por objeto a Lei nº 6.538/1978, que dispõe sobre os serviços postais. A associação reclamava o direito de as transportadoras privadas fazerem entregas de encomendas e questionava o monopólio constitucional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Por maioria, o Plenário do STF declarou que a Lei nº 6.538/1978 foi recepcionada pela Constituição de 1988. A decisão fixou que a empresa pública teria exclusividade no transporte e entrega de cartas pessoais e comerciais, cartões-postais e correspondências agrupadas (malotes), mas as transportadoras privadas poderiam entregar outros tipos de correspondências e encomendas, sem que isso caracterize cometimento de crime. O julgamento da ADPF foi pela improcedência. Ainda foi dada interpretação conforme ao art. 42 da Lei nº 6.538/1978, que define o crime de violação do privilégio postal da União, para restringir sua aplicação às atividades postais descritas no seu art. 9º. O relator para o acórdão foi o Ministro Eros Grau, que inaugurou a divergência.

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 599628. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 25 mai. 2011. Repercussão Geral – Mérito. DJe-199. Divulg. 14-10-2011. Public. 17-10-2011.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 46. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Eros Grau. Julgado em: 05 ago. 2009. DJe-035. Divulg. 25-02-2010. Public. 26-02-2010.

Na decisão, o serviço postal foi considerado serviço público, e não atividade econômica em sentido estrito. Diferenciou-se “monopólio” de “privilégio”. O primeiro relaciona-se à atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados (às vezes pelo Estado), enquanto o segundo respeita à exclusividade da prestação de serviços públicos. Nesse sentido, a Constituição conferiu à União (art. 21, inciso X) a exploração do serviço postal e do correio aéreo nacional, que é prestado pela ECT, empresa pública, desenvolvida essa atividade sob privilégio, inclusive o da exclusividade.

14 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.847-2-DF³⁰³

O julgamento dessa ação considerou inconstitucionais leis distritais que instituíram loterias em seu território, sob o fundamento de que a legislação sobre o tema seria da competência da União.³⁰⁴ Embora não tenha sido o fundamento determinante da decisão, foram feitas considerações sobre se as loterias seriam serviço público.

O Ministro Eros Grau defendeu que a exploração de loterias seria serviço público, não se tratando de monopólio, mas sim de privilégio (exclusivo), não podendo ser colocada sob a livre concorrência. Afirmou também que o serviço público é atividade indispensável à coesão social, e que, no caso da exploração de loterias, ela propiciaria recursos a permitir o atendimento de determinadas necessidades sociais.³⁰⁵ O Ministro Ayres Britto, por outro lado, afirmou que se trataria de atividade econômica, setor franqueado à iniciativa privada, por força do art. 170, parágrafo único, da Constituição.

15 - Recurso Extraordinário nº 601.392-PR³⁰⁶

O recurso envolveu novamente a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, em relação ao recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Por maioria de votos, a tese foi pela incidência da imunidade prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, tanto às atividades exercidas pela ECT em regime de exclusividade quanto em concorrência com a iniciativa privada, considerando-se, no caso, a existência de peculiaridades no serviço postal.³⁰⁷

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2847. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 05 ago. 2004. DJ 26-11-2004.

³⁰⁴ Nesse sentido é a Súmula Vinculante nº 2 do STF.

³⁰⁵ Outro argumento do Ministro Eros Grau foi o de que, se fosse admitido que a Caixa Econômica Federal exerce um monopólio de “atividade econômica em sentido estrito”, teria ela que se sujeitar, na exploração de loterias, às regras da concorrência, e submissão ao CADE.

³⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 601392. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 28 fev. 2013. Repercussão Geral – Mérito. DJe-105. Divulg. 04-06-2013. Public. 05-06-2013.

³⁰⁷ Em sentido semelhante, foi o julgamento do RE nº 627.051-PE, que decidiu pela incidência da imunidade recíproca, em relação ao ICMS, no transporte de mercadorias realizado pela ECT. Trecho da ementa desse recurso: “Não há comprometimento do status de empresa pública prestadora de serviços essenciais por conta do exercício

Nos termos do voto-vista do Ministro Dias Toffoli, reiterou-se que a ECT permanece como empresa pública constituída para a prestação dos serviços do art. 21, inciso X, afastando dela a regra do art. 173 da Constituição. Ressaltou-se a dificuldade de se definir, a partir da legislação, quais atividades estariam albergadas pela imunidade recíproca e quais não, ou de se separar as atividades postais das porventura econômicas, e também os interesses de integração nacional presentes nas atividades da ECT (mencionado pelo Ministro Celso de Mello). O Ministro Ayres Britto, da linha majoritária, afirmou ser obrigação do poder público manter a referida atividade, e que eventual lucro da empresa não se revelaria um fim em si mesmo, mas um meio para a continuidade dos serviços. A corrente vencida defendia que o intuito lucrativo da empresa excluiria a aplicação da imunidade recíproca. Assim, no que se tratasse de exercício de atividade privada pela empresa estatal, deveriam incidir as mesmas normas incidentes sobre as empresas privadas.

16 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.221-5-RJ³⁰⁸

O STF declarou, nessa ação, a inconstitucionalidade de artigo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e de lei estadual que previam a gratuidade de sepultamento e as providências a ele necessárias pelo concessionário do serviço funerário local.

O entendimento que fundamentou a decisão foi o de que o serviço funerário é de interesse local, podendo os Municípios, por lei própria, regulamentá-lo. No caso analisado, houve invasão, pelas normas estaduais, da competência municipal prevista no art. 30, inciso V, da Constituição.

17 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.668 MC/DF³⁰⁹

Nessa ação, o Tribunal analisou, em cautelar, diversas questões que envolvem a constitucionalidade da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997). Em uma delas, foi indeferido pedido de suspensão do dispositivo que prevê a prestação concomitante dos serviços de telecomunicações nos regimes público e privado (art. 65, inciso III).

18 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649-6-DF³¹⁰

Nessa ação, foi declarada a constitucionalidade da Lei Federal nº 8.899/1994, que concedia passe livre no sistema de transporte interestadual às pessoas carentes portadoras de

da atividade de transporte de encomendas, de modo que essa atividade constitui *conditio sine qua non* para a viabilidade de um serviço postal contínuo, universal e de preços módicos”.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1221. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgado em: 09 out. 2013. DJ 31-10-2013.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1668 MC. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 20 ago. 1998. DJ 16-04-2004.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2649. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em: 08 mai. 2008. DJe-197. Divulg. 16-10-2008. Public. 17-10-2008.

necessidades especiais, sob o argumento de que a lei seria parte das políticas públicas de inserção desse grupo na sociedade, objetivando a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais.³¹¹

Em relação aos serviços públicos, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, afirmou ser o transporte coletivo serviço público. Nesse sentido, seria o interesse público, mais do que o interesse privado, que marcaria o regime jurídico a nortear a forma de prestação dos serviços públicos. A relatora ainda afirmou que, para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não seria de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade. Lembrou dos direitos dos usuários (art. 175, inciso II), de modo que a lei considerada constitucional apenas cuidou de uma espécie diferenciada de usuários do serviço, a de portadores de necessidades especiais.

19 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.266-5-BA³¹²

Essa ação visava a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que dispunha sobre a adoção de material escolar e de livros didáticos pelos estabelecimentos particulares de ensino.³¹³ A ação foi julgada improcedente. A decisão foi no sentido de que a lei questionada se manteve dentro da competência concorrente dos Estados-membros (art. 24, inciso IX, e § 2º, da Constituição).

Esse caso tratou não de um serviço público de natureza econômica, mas de natureza social (educação). Seguido pela maioria, o relator, Ministro Eros Grau, lembrou que os serviços de educação, prestados pelo Estado, ou por particulares, configurariam serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, nos termos do art. 209 da Constituição (ensino livre à iniciativa privada). Contudo, tratando-se de serviço público, incumbiria às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro. No entanto, a tese não restou pacífica. O Ministro Ayres Britto, mesmo acompanhando o relator, registrou que não considerava a educação e a saúde serviços públicos, e sim atividade mista, pública e privada, admitindo duas titularidades.³¹⁴ O Ministro

³¹¹ A ação foi proposta pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros (Abrati), que alegava que a instituição do passe livre, sem fonte de custeio, seria um verdadeiro confisco por parte do Estado no domínio privado, em desrespeito ao princípio da livre iniciativa, e que o transporte rodoviário gratuito teria natureza jurídica de serviço assistencial, incidindo o art. 195 da Constituição.

³¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1266. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em: 06 abr. 2005. DJ 23-09-2005.

³¹³ A autora da ação foi a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, contra a Lei nº 6.586/1994, do Estado da Bahia.

³¹⁴ Na ADI nº 1.007-7-PE, também se afirmou que os serviços de educação configurariam serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou

Sepúlveda Pertence, do mesmo modo, defendeu que o ensino privado não seria serviço público, mas atividade privada, sujeita a regulamentações públicas.

20 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.864-9-PR³¹⁵

Nessa ação, contestou-se lei do Estado do Paraná que criou pessoa jurídica de direito privado com o fim de auxiliar na gestão do sistema estadual de educação, com prestação de apoio à Secretaria Estadual de Educação³¹⁶. A ação foi julgada parcialmente procedente, com declaração de inconstitucionalidade e interpretação conforme de alguns de seus artigos.

Na decisão, entendeu-se, por maioria, que não poderia ser atribuída a uma entidade de direito privado, de maneira ampla, sem restrições ou limitações, a gestão dos recursos financeiros estaduais destinados ao desenvolvimento da educação. No que concerne à educação, a competência seria exclusiva do Estado em determinar a forma de alocação dos recursos orçamentários para a atividade, não podendo ser delegada a entidades de direito privado. Não poderia, assim, a entidade criada gerir a totalidade dos recursos públicos estaduais da educação, mas apenas a parcela dos recursos formal e especificamente alocados a ela.

21 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923-DF³¹⁷

Nessa ação, entre outras questões, o STF deu interpretação conforme a Constituição às normas que dispensavam licitação em celebração de contratos de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos não exclusivos. Foram questionados a Lei nº 9.637/1998 e o art. 24, inciso XXIV, da Lei nº 8.666/1993. Conforme julgado, devem ser observados os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição, de modo que o procedimento de qualificação, a celebração do contrato de gestão, as hipóteses de dispensa de licitação, os contratos a serem celebrados pela organização social com terceiros e a seleção de seu pessoal, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal.³¹⁸

Considerou-se, na decisão, que as áreas de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente configurariam serviços públicos sociais, pois a Constituição, em relação a eles, menciona que “são deveres do Estado e da sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”. Assim, os particulares, por direito próprio, podem atuar nessas

autorização. No caso concreto, porém, a lei questionada foi declarada inconstitucional por legislar sobre direito civil (prazo para pagamento das mensalidades escolares).

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1864. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em: 08 ago. 2007. DJe-078. Divulg. 30-04-2008. Public. 02-05-2008.

³¹⁶ Lei nº 11.970/1997, que criou o ParanáEducação, como serviço social autônomo.

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1923. Relator: Ministro Ayres Britto. Relator p/ Acórdão: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 16 abr. 2015. DJe-254. Divulg. 16-12-2015. Public. 17-12-2015.

³¹⁸ Ademais, decidiu-se afastar qualquer interpretação restritiva do controle da aplicação de verbas públicas pelas organizações sociais pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União.

áreas sem necessidade de delegação pelo poder público (não incidência do art. 175, *caput*, da Constituição). Entendeu-se que o contrato de gestão configuraria hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços para o atingimento de um objetivo comum aos interessados. Releva notar que as organizações sociais recebem recursos públicos para prestar seus serviços, caracterizando-se a atividade do Estado, nesse caso, como de fomento público no domínio dos serviços sociais.³¹⁹

22 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.585-PI³²⁰

No julgamento dessa ação, reforçou-se orientação majoritária, proveniente de julgados semelhantes, no sentido de assentar que a determinação, por lei estadual, da instalação de equipamentos tecnológicos para bloqueio de sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações nos estabelecimentos penais e centros socioeducativos invade a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações (art. 21, inciso XI, e art. 22, inciso IV, da Constituição).³²¹

A determinação da norma estadual declarada formalmente inconstitucional dirigia-se às concessionárias, autorizadas ou permissionárias prestadoras dos serviços, com ônus financeiro sobre esses particulares.³²²

23 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ³²³

A ação foi ajuizada por partido político, questionando normas do Estado do Rio de Janeiro, que instituíram a região metropolitana do Rio de Janeiro e a microrregião dos Lagos, transferindo, do âmbito municipal para o estadual, competências relativas aos serviços de saneamento básico.³²⁴³²⁵

³¹⁹ Destaca-se o seguinte trecho da ementa do julgado: “A atuação do poder público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários”.

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 5585. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em: 01 ago. 2018. DJe-163. Divulg. 10-08-2018. Public. 13-08-2018.

³²¹ Outros precedentes: ADI nº 3.835, ADI nº 4.861, ADI nº 5.253, ADI nº 5.327 e ADI nº 5.356.

³²² O relator, Ministro Edson Fachin, embora em respeito à colegialidade, tenha votado pela inconstitucionalidade da lei estadual, reafirmou seu entendimento contrário, já expresso em pronunciamento anterior, de que a lei impugnada versava, materialmente, sobre temas da competência concorrente dos Estados-membros (direito penitenciário, segurança pública e consumo).

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 1842. Relator: Ministro Luiz Fux. Relator p/ Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em: 06 mar. 2013. DJe-181. Divulg. 13-09-2013. Public. 16-09-2013.

³²⁴ A ação foi julgada parcialmente procedente, com declaração de inconstitucionalidade de artigos da Lei Complementar nº 87/1997 e da Lei nº 2.869/1997. Houve modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para que, no prazo de 24 meses da conclusão do julgamento, o legislador estadual reapreciasse o tema conforme os termos da decisão.

³²⁵ Analisaram-se também, em conjunto, as ADIs nº 1.826, nº 1.843 e nº 1.906.

Sem deixar de reconhecer a competência municipal para o serviço público de saneamento básico, nessa decisão, o STF entendeu existir um interesse comum em relação a esse serviço, que extrapola o interesse local no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º, da Constituição).³²⁶ Se instituídas, podem, inclusive, vincular a participação de municípios limítrofes, sem que essa compulsoriedade esvazie a autonomia municipal. No aspecto da competência, considerou-se que a transferência ao Estado-membro do poder concedente de serviços públicos de interesse comum seria inconstitucional. Portanto, deve haver respeito à divisão de responsabilidades entre estados e municípios, evitando a concentração dos poderes decisório e concedente em um único ente. Reconheceu-se ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado, o poder concedente e a titularidade do serviço. A decisão fixou que a participação dos entes nesse colegiado não necessitava ser paritária, mas deveria, em cada região metropolitana, seguir suas particularidades, prevenindo, entretanto, a concentração do poder decisório em um único ente.

24 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 449-DF³²⁷

A ação foi ajuizada por partido político contra Lei Municipal de Fortaleza que proibia o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas. No mérito, por unanimidade, a ação foi julgada procedente para considerar inconstitucional a referida lei.

O relator, Ministro Luiz Fux, concluiu pela inconstitucionalidade formal da lei municipal por afronta ao art. 22, incisos IX, XI e XVI, da Constituição. No plano material, para o relator, afigura-se incompatível com a distribuição constitucional de competências a edição de lei municipal que restrinja o exercício de atividade de transporte de natureza estritamente privada. Nos termos da ementa do julgado, a norma proibitiva configura limitação desproporcional às liberdades de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB) e de profissão (art. 5º, XIII, da CRFB), a qual provoca restrição oligopolística do mercado em benefício de certo grupo e em detrimento da coletividade. Além disso, os princípios constitucionais da igualdade (art.

³²⁶ Ressalte-se o seguinte trecho da ementa: “Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas”.

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADPF 449. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em: 08 mai. 2019. DJe-190. Divulg. 30-08-2019. Public. 02-09-2019. O tema também foi objeto de julgamento no RE nº 1.054.110-SP. A tese de repercussão geral aprovada pelo Plenário foi a seguinte: i) A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e ii) No exercício de sua competência para a regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (Constituição Federal, artigo 22, inciso XI).

5º, caput), da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170) e da livre concorrência (art. 173, § 4º) vedam ao Estado impedir a entrada de novos agentes no mercado para preservar a renda de agentes tradicionais. De igual modo, a proibição legal do livre exercício da profissão de transporte individual remunerado afronta o princípio da busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII).

25 - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.086-PE³²⁸

A ação foi ajuizada por duas associações do setor de telecomunicações questionando alguns dispositivos do Código de Defesa do Consumidor do Estado de Pernambuco, de modo a excluir de sua aplicação as prestadoras de serviço de telefonia fixa e móvel e de acesso à internet. Por maioria, o Plenário julgou procedente o pedido para conferir a alguns artigos da lei estadual interpretação conforme à Constituição, a fim de excluir as referidas empresas de seu âmbito de aplicação.

Segundo o relator, Ministro Gilmar Mendes, sendo a União a responsável pela prestação dos serviços de telecomunicações, também é sua competência legislar sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias dos referidos serviços, os direitos dos usuários, as políticas tarifárias e a obrigação de manter o serviço adequado. De acordo com o relator, os Estados não dispõem de poder normativo sobre as relações jurídico-contratuais entre o usuário e o prestador do serviço público, pensada como categoria própria pelo constituinte, que recomendou à lei que tratar das concessões sempre dispor sobre os direitos dos usuários, nos termos do art. 175, parágrafo único, inciso II.

4.3. Análise crítica da jurisprudência do STF

A partir da coletânea de julgados analisados no tópico 4.2, constata-se, de um modo geral, a ausência de um entendimento dominante na jurisprudência do STF quanto ao conceito de serviço público e à interpretação das normas constitucionais do instituto. Nesse sentido, o que se verifica na prática jurisdicional do STF é a utilização da expressão serviço(s) público(s) em sentidos bastante variados, refletindo o que ocorre na doutrina e na própria Constituição brasileira.³²⁹

Pela avaliação dos fundamentos ou razões de decidir de alguns votos, não é possível deduzir se a Corte se alinha preferencialmente a uma das três concepções de serviço público

³²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 6086. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Finalizado Julgamento Virtual em: 19 dez. 2019. ADIs relacionadas: nº 6.087, nº 6.088, nº 6.089 e nº 6.094.

³²⁹ CONRADO, Regis da Silva. Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 281.

debatidas pela doutrina: subjetiva, material e formal.³³⁰ O que se verifica é que os estudos provenientes de alguns autores brasileiros são considerados com certa frequência nas decisões do STF, o que demonstra o apreço da Corte pelo que é desenvolvido pela doutrina. Contudo, vê-se que muitas decisões são marcadas por análises voltadas aos casos concretos, sendo poucas as situações de aprofundamento de teses genéricas sobre o tema.³³¹

A despeito da não identificação de um delineamento claro na jurisprudência, a Corte constitucional brasileira atribui, em seus julgados, um relevo especial aos serviços públicos na Constituição, diferenciando-os das atividades econômicas privadas. Verifica-se que o STF enfrenta as questões constitucionais que lhe são submetidas esforçando-se para fixar as interpretações que solucionam cada caso apreciado. Entretanto, não se observa, no conjunto de decisões, a presença de critérios homogêneos que permitam responder questões como a abrangência do que é serviço público, a identificação de quais são os serviços públicos na Constituição, as classificações que a Corte considera adequada, além de temas como titularidade, regime jurídico e limites à autonomia do legislador. Essas questões, normalmente, não são discutidas em grau de generalidade pelo STF, mas dirigidas a aplicações específicas.

Apesar da dificuldade de sistematização jurisprudencial, ampliada pelo fato de que, não raro, os fundamentos determinantes das decisões nem sempre coincidem quando votos de diferentes ministros são comparados, apresenta-se abaixo um resumo, em linhas bem gerais, dos principais entendimentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos serviços públicos.

³³⁰ Quanto ao tema, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma: “Embora não seja possível extrair-se da jurisprudência do STF um conceito de serviço público, tampouco uma uniformidade na definição de seu regime jurídico, pode-se verificar que os elementos essenciais (subjetivo, material, formal) identificados pela doutrina para qualificar os serviços públicos encontram-se refletidos, com intensidade e circunstâncias distintas, na jurisprudência da Corte até os dias de hoje”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 56. André Luiz Freire pontua: “Ademais, embora o Tribunal tenha, ao longo do tempo, admitido que a Constituição e as leis podem qualificar uma atividade como serviço público (havendo, inclusive, serviços públicos por determinação constitucional), *não fica claro qual é o seu posicionamento em relação ao espaço de discricionariedade do legislador* quanto à possibilidade ou não: (i) *de que parcela dos serviços previstos no art. 21, XII, prestados para coletividade em geral sejam explorados no regime de direito privado, isto é, de atividade econômica (“em sentido amplo”, como prefere Eros Grau), sujeitos apenas à autorização;* (ii) *de concessão ou permissão para serviços públicos em relação aos quais Constituição não previu essas formas de delegação de modo expresso* (ex.: serviço postal, saúde e educação)”. FREIRE, André Luiz. O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 213.

³³¹ Ao analisar alguns julgados do STF, Alexandre Santos de Aragão explana: “A narrativa desses julgados mostra que se devem evitar absolutizações de afirmações esparsas de Ministros do Supremo, que, naturalmente, devem ser sempre consideradas no contexto do caso concreto e com as naturais limitações que o STF vem tendo em razão da quantidade de processos que lhe são submetidos”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 126.

- As empresas públicas prestadoras de serviço público, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, não se submetem ao regime do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que alcança apenas as empresas estatais que exploram atividade econômica.

- As sociedades de economia mista que exploram, em regime de exclusividade, serviços públicos de competência da União, não se submetem ao art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

- As empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica em sentido estrito, sem monopólio, se submetem ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

- Se, pelo critério material, o serviço público não for essencial ou indispensável à sociedade, o Estado não tem a obrigação de prestá-lo em toda e qualquer situação.

- Se o serviço for propriamente público, ou seja, impuser ao Poder Público a obrigação ou dever de prestá-lo, sem que possa o particular ser dispensado de recebê-lo, sua remuneração ocorrerá mediante taxa, e não tarifa. O critério para avaliar se um serviço público é próprio do Estado é se ele constitui função essencial do Poder Público, ou se envolve o interesse de toda a coletividade. A contrapartida será preço público se o serviço prestado for comercial ou industrial.

- Quanto à essencialidade, os serviços públicos podem ser classificados em: i) propriamente estatais (o Estado exerce sua soberania, são indelegáveis e a cobrança de taxas só ocorre com a utilização efetiva do serviço); ii) essenciais ao interesse público (predomina o interesse da comunidade e a remuneração por taxas incide sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço); e iii) não essenciais (se não utilizados, não afeta a comunidade ou o interesse público, são delegáveis e remunerados por preço público).

- As relações de trabalho, nas empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público, são regidas pelo Direito Privado, tendo em vista a personalidade jurídica de direito privado dessas entidades.

- Às autarquias de direito público que prestam serviços públicos, se aplica o regime de pessoal da Lei nº 8.112/1990, e não o regime celetista.

- A imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, se estende às empresas públicas prestadoras de serviços públicos, quando a prestação pelo Estado for obrigatória e exclusiva.

- Aplica-se a imunidade tributária recíproca, prevista no art. 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, às sociedades de economia mista que prestam serviços públicos relacionados à atuação própria do Estado, como ocorre com a saúde, que constitui direito

fundamental, desde que tais entidades não tenham por finalidade a obtenção de lucro, e tenham capital social majoritário estatal.

- No caso específico da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, empresa pública constituída para a prestação dos serviços públicos do art. 21, inciso X, da Constituição Federal, incide a imunidade tributária recíproca do art. 150, inciso VI, alínea “a”, tanto às atividades por ela exercidas em regime de exclusividade, quanto em concorrência com a iniciativa privada, mesmo com obtenção de eventual lucro.

- Os privilégios da Fazenda Pública não se aplicam às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, quando o fazem em regime de concorrência com outras pessoas privadas que atuam na mesma atividade, sem monopólio, e com objetivo de distribuição de lucros.

- O serviço postal e o correio aéreo nacional, previstos no art. 21, inciso X, da Constituição Federal, são serviços públicos, e não atividades econômicas em sentido estrito, sendo sua exploração exclusividade da União.

- Em relação ao regime da atividade desenvolvida, diferenciam-se os termos “privilégio” e “monopólio”. O primeiro se relaciona à exclusividade da prestação dos serviços públicos, enquanto o segundo se relaciona às atividades econômicas em sentido estrito, empreendidas por agentes econômicos privados. Em ambos os casos, não pode haver livre concorrência.

- O serviço funerário é de interesse local, competindo aos Municípios regulamentá-lo por leis próprias, conforme o art. 30, inciso V, da Constituição Federal.

- No regime jurídico de prestação dos serviços públicos, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, de modo que políticas públicas que atendam determinadas necessidades da sociedade podem ser instituídas por lei. Os concessionários e permissionários de serviços públicos atuam não em regime de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos dessas leis.

- Os serviços de educação configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo Estado ou por particulares. No caso destes últimos, a prestação independe de concessão, permissão ou autorização, nos termos do art. 209 da Constituição Federal. No entanto, as entidades particulares prestadoras de serviços educacionais devem acatar as normas gerais de educação nacional e as de competência dos Estados-membros.

- Compete aos Estados a gestão e alocação dos recursos públicos estaduais destinados ao desenvolvimento da educação, não podendo tais atividades serem delegadas integralmente a entidade de direito privado, criada por lei estadual, para exercício dessas funções.

- São serviços públicos sociais, porque a Constituição estabelece serem deveres do Estado e da sociedade, e livres à iniciativa privada, os prestados nas áreas de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, ciência e tecnologia e meio ambiente, podendo os particulares atuarem neles sem necessidade de delegação do Poder Público.

- Contratos de gestão podem ser celebrados entre o Poder Público e organizações sociais para prestação de serviços públicos não exclusivos, desde que observados os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e que sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal. Nesse caso, a atividade do Estado se caracteriza como de fomento público no domínio dos serviços sociais.

- A competência para legislar sobre telecomunicações é privativa da União (art. 21, inciso XI, e art. 22, inciso IV, da Constituição), sendo inconstitucionais leis estaduais que determinem a instalação de equipamentos para bloqueio de sinal em estabelecimentos penais e centros socioeducativos. São também inconstitucionais leis estaduais que disponham sobre relações jurídico-contratuais entre usuário e prestador do serviço público.

- A prestação do serviço público de saneamento básico é de competência municipal. Entretanto, no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º, da Constituição), o interesse comum em relação ao serviço extrapola o interesse local. Nesse caso, estados e municípios devem dividir as responsabilidades, sem concentração de poder decisório em um único ente. O poder concedente não se transfere ao Estado-membro, mas ao colegiado formado pelos municípios e estados.

- São inconstitucionais leis municipais que restringem desproporcionalmente ou proíbem a atividade de transporte individual de passageiros por meio de aplicativos.

5. Conclusões

A consolidação do serviço público como instituição jurídica teve forte impacto das teorias desenvolvidas na Escola do Serviço Público, originária do direito francês. A partir das ideias surgidas nesse período, foi possível demarcar o que seria o objeto de estudo do direito administrativo e os limites da jurisdição administrativa existente. Pela profundidade com que o tema foi tratado na França, e em decorrência da proximidade dos sistemas jurídicos, as teorias do serviço público daquele país se alastraram para outros locais, incluindo o Brasil.

Para a clareza e conceituação de serviço público, pautou-se a doutrina administrativista tradicional pela conjugação de três concepções básicas, formuladas, cada qual, para atribuir à noção de serviço público um significado distinto. Nesse sentido, o instituto foi tomado em sentido subjetivo para se referir aos órgãos e aparelho do Estado responsáveis pela prestação dos serviços, em sentido material para se referir às atividades ou funções cuja oferecimento atenderia aos interesses gerais da coletividade, e em sentido formal para se referir a um regime jurídico especial exorbitante do direito comum. Em torno desses três critérios foi que a doutrina brasileira estudou, sistematizou e formulou os conceitos de serviço público difundidos na literatura jurídica nacional.

Mas analisar um instituto não se limita apenas a conhecer como a doutrina o trata. Necessário se faz, igualmente, que se examine como o instituto aparece estruturado no direito positivo, ou seja, informar-se sobre as normas vigentes no ordenamento e sua interpretação. Ao estudar o direito posto, apreende-se melhor a realidade jurídica de cada país, as influências externas recebidas e as peculiaridades contidas em cada sistema. Surge, assim, a possibilidade de se compreender os institutos jurídicos pelo critério normativo, ou seja, a partir da análise do conteúdo das normas positivadas.

Com o objetivo de avaliar e obter um conceito normativo de serviço público, é que foi concebido o problema de pesquisa deste trabalho. A norma que contém a base dos serviços públicos no ordenamento brasileiro é a Constituição Federal. Desse modo, a proposta pensada consistiu em construir o conceito a partir das normas constitucionais, mediante a enunciação de um núcleo constitucional do serviço público.

Considera-se que o objetivo da pesquisa foi atingido, e o problema proposto devidamente enfrentado. O conceito constitucional de serviço público foi apresentado e detalhado no tópico 3.4. Do ponto de vista metodológico, sua obtenção foi precedida de duas etapas. Primeiro, foram reconhecidas no texto constitucional as normas relacionadas aos serviços públicos, separando-se a análise da Constituição em quatro partes: abrangência,

competência, ordem econômica e ordem social. Segundo, foram considerados alguns elementos fundamentais da teoria dos serviços públicos para a adequação e justificação do conceito proposto. Nessa última etapa, aspectos da teoria relacionados à titularidade, regime jurídico e previsão legal dos serviços públicos, acompanhados das divergências na doutrina, foram trazidos e interpretados à luz das normas da Constituição, para serem incorporados ao conceito normativo.

A conclusão a que se chegou permite que se visualize o conceito constitucional de serviço público por meio de duas dimensões, uma estável e outra dinâmica. A dimensão estável relaciona-se à existência de um núcleo constitucional do serviço público, compreendido como um conjunto de normas permanentes da Constituição, que o legislador deve observar e cumprir, modificáveis somente por outras normas constitucionais. A dimensão dinâmica refere-se ao espaço de regulamentação que a Constituição concede ao legislador, para que ele adapte ou conforme os serviços públicos às necessidades de cada contexto ou circunstância. Por essa forma de expressar o conceito, privilegia-se tanto a estabilidade e persistência do serviço público na Constituição, valorizando os inúmeros dispositivos que fazem remissão a ele, quanto a liberdade de conformação legislativa, que flexibiliza e possibilita sua adaptação evolutiva.

O serviço público é um instituto que parece sempre próximo de experimentar novas crises. Esse fato é perfeitamente compreensível, haja vista que, em última análise, sua definição visa estabelecer parâmetros e limites diferenciadores das áreas de atuação do Estado e da iniciativa privada, nos domínios e atividades econômicas e sociais. Nas duas ou três últimas décadas, diversos motivos fizeram o serviço público ser repensado. Internamente, podemos mencionar a transformação do Estado interventor em Estado regulador, o avanço das desestatizações, a introdução de novas formas jurídicas de parcerias entre o Poder Público e o setor privado, a segmentação e especialização da legislação ordinária, a introdução da concorrência nos serviços públicos e o foco das políticas de Estado na concretização dos direitos fundamentais, entre outros. Externamente, as influências do novo paradigma de serviço público da União Europeia, de caráter liberalizante, e de institutos da *commow law*, como as agências reguladoras e sua função no fortalecimento da regulação econômica.

Embora todas essas novas condições desafiem o serviço público a evoluir como instituição e conceito, deve-se sempre voltar a atenção ao que a Constituição Federal estabelece, uma vez que é nela que se encontram as normas fundamentais do serviço público, dando-lhe a necessária consistência jurídica. Afinal, são as leis e os fatos que devem ser interpretados a partir da Constituição, e não o contrário.

Para finalizar, podemos dizer que o desenvolvimento desta pesquisa atendeu à expectativa de confrontar o tema dos serviços públicos pelo ângulo formal, do direito positivo, muito embora se reconheça que conceitos normativos são sempre relativos. O conceito constitucional proposto vem se somar, como contribuição, aos conceitos de serviço público elaborados pela doutrina e à jurisprudência observada do Supremo Tribunal Federal, ambos tratados neste trabalho. Espera-se que o resultado alcançado sirva de estímulo a novos estudos e pesquisas sobre o serviço público no direito administrativo, tema instigante e sempre atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros, 2012.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. **Serviços públicos e concorrência**. R. Dir. Adm. Rio de Janeiro, 233: 311-371, Jul./Set. 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005.

BÉJAR RIVERA, Luis José. **Uma aproximação à teoria dos serviços públicos**. Tradução da Editora Contracorrente. São Paulo: Editora Contracorrente, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Infraestrutura e desenvolvimento**. In: Elementos de Direito da Infraestrutura. Gilberto Bercovici, Rafael Valim (coordenadores). São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações**. In: Direito administrativo e seus novos paradigmas. Alexandre Santos

de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Tradução, estudo introdutório e notas explicativas de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CONRADO, Regis da Silva. **Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERRAZ, Luciano e ALMEIDA, Thiago Ferreira. **Panorama dos programas brasileiros de privatização: trinta anos depois da Constituição**. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum. 2018.

FERRAZ, Sergio e SAAD, Amauri Feres. **Autorização de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2018.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato. Supremacia do Interesse Público “versus” Igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A sobrevivência do serviço público abalizado por novos princípios**. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Mario Engler Pinto. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

KLEIN, Aline Lícia. **Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: funções administrativas do Estado**. Aline Lícia Klein, Floriano de Azevedo Marques Neto, 2. ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **Serviços públicos de saneamento básico e saúde pública no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. **Parcerias com o terceiro setor nos 30 anos da Constituição de 1988**. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte. Fórum. 2018.

_____. **Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes e FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito administrativo brasileiro**. 43. ed. atual. até a Emenda Constitucional 99. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Serviço público e concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil?** In: Direito da Regulação e Políticas Públicas. Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann e PIOVESAN, Pedro Lucchese. **Regulação portuária e contratos de arrendamento: análise comparativa de dois diferentes modelos jurídicos (Brasil e Alemanha)**. In: Regulação e Infraestrutura. Alexandre Santos de Aragão, Anna Carolina Migueis Pereira, Letícia Lobato Anicet Lisboa (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NESTER, Alexandre Wagner. **A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Alexandre Santos de Aragão, Floriano de Azevedo Marques Neto (Coord.). 2. ed. 1. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NETO, Caio Mario da Silva Pereira, LANCIERI, Filippo Maria e ADAMI, Mateus Piva. **O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Uma proposta de sistematização**. In: Direito da Regulação e Políticas Públicas. Org. Carlos Ari Sunfeld e André Rosilho. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

POZZO, Augusto Neves Dal. **Aspectos Fundamentais do Serviço Público no Direito Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Admissão das empresas estatais como verdadeiras empresas. Consagração de uma administração pública empresarial**. In: O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. rev. e ampl. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2017.