



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 2

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 2

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maurício Zockun

Carolina Zancaner Zockun

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL | ISBN 978-85-60453-37-5

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II (recurso eletrônico)

: direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

Recurso eletrônico World Wide Web (10 tomos)

Bibliografia.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

EVOLUÇÃO DA TEORIA DO SERVIÇO PÚBLICO

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

INTRODUÇÃO

Serviço público é tema polêmico desde o instante mesmo em que surgiu, pois leva a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais. Trata-se de definir a função do Estado, avaliar os seus limites de atuação e o âmbito reservado à livre iniciativa dos particulares.

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico.

A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento. Essa é uma questão histórica e cada Estado desenvolve um modelo peculiar.

Disto deflui que não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal – ou na própria lei ordinária, desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas, decorrendo, portanto, de uma decisão política.¹ “E essa opção, que atualmente se fez e se encontra consagrada na Constituição vigente, pode perfeitamente vir a mudar no futuro, do mesmo modo que já não é a mesma que existiu no passado; também aquilo que hoje é considerado serviço público num dado ordenamento jurídico, pode bem não o ser em outro”.²

Razões diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: “retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o

¹ Os serviços públicos são atividades 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. *Direito dos serviços públicos*, p. 127).

² MEDAUAR, Odete. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. *Concessão de serviço público*, p. 31.

progresso técnico”;³ “ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidroelétricos); controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; manter a unidade do país e assim por diante”.⁴

A teoria do serviço público nasceu na França e se propagou por diversos países.

A partir da configuração jurídica clássica do instituto, verifica-se que a noção de serviço público teve múltiplas serventias, dependendo do setor, no decorrer da história.

A concepção tradicional da noção foi atingida e o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova postura diante das inovações trazidas com a Reforma do Estado, que levaram a um desmonte do Estado prestador, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, na esteira do impacto da chamada “privatização”.

Para o ordenamento pátrio a noção não é despicienda. O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora o Texto de 1988 não tenha erigido algum conceito constitucional de serviço público, forneceu alguns parâmetros conformadores da área definida como própria dos serviços públicos, evidenciando o préstimo jurídico da noção no direito brasileiro.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. A configuração jurídica clássica do serviço público	4
1.1. Do conceito político de serviço público à sua funcionalidade jurídico- administrativa	4
1.2. Formação e evolução da teoria clássica do serviço público	7
1.3. A mudança de um modelo de Estado e as mutações do serviço público	20
1.4. Recepção, em forma expressa, da categoria de serviço público. Os sentidos de ‘serviço público’ extraíveis da Constituição Federal de 1988	26
1.5. A jurisprudência do STF e o conceito de serviço público	37

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 358.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, p. 83.

2. Conclusões	45
Referências	47

1. A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA DO SERVIÇO PÚBLICO

1.1. Do conceito político de serviço público à sua funcionalidade jurídico-administrativa

As instituições jurídicas estão intimamente vinculadas às relações entre o Estado e a sociedade existentes no momento histórico em que se desenvolvem. Essas relações são dinâmicas e se alteram de acordo com as circunstâncias ideológicas, políticas, sociais e econômicas que se vão apresentando nas distintas épocas e nos diferentes países. Desse modo, frente às transformações, as instituições jurídicas não permanecem incólumes, pois precisam adaptar-se às exigências da realidade para poderem sobreviver. Assim sucede com o serviço público: é possível detectar-se um fio histórico que conduz desde o seu conceito político até sua posterior funcionalidade jurídica.

Atribui-se a Rousseau o uso originário da expressão serviço público. Em um texto do *Contrat Social*, assinala Meilán Gil,⁵ a expressão aparece pela primeira vez, abrangendo qualquer atividade estatal. E o faz com duas conotações: de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço do público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente sem que cada um tenha de atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania.

Na França e nos países que sofreram sua influência, esse conceito político de Rousseau vai extravasar para o plano jurídico com as duas mesmas notas entrelaçadas, que, por sinal, permanecem válidas na configuração atual do conceito, quais sejam: 1) trata-se de uma atividade estatal, não de uma atividade privada; 2) trata-se de uma atuação a serviço do público para satisfazer a uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade.

⁵ MEILÁN GIL, José L. *La cláusula de progreso en los servicios públicos*, pp. 11-12.

Ademais, para a captação do conceito de serviço público, deve-se considerar ainda o fator histórico-político, o seu surgimento em uma época presidida ideologicamente por uma determinada concepção das relações entre Estado e sociedade e a separação de suas distintas esferas de atuação, que aparecem com a Revolução Francesa.

É certo que, antes disto, durante o Antigo Regime, existiram na França, da época medieval à Revolução, atividades análogas e até mesmo idênticas às da noção de serviço público, no sentido funcional ou material, sem que fossem conceitualmente classificadas, inserindo-se em um sistema jurídico e político distinto, com uma significação totalmente diferente. Trata-se “sobretudo de práticas sociais coordenadas por uma autoridade comum, que não é forçosamente, em especial no início do período, o Estado”.⁶

O serviço público não configura uma técnica jurídica procedente do Antigo Regime, pois, no dizer de Gaspar Ariño Ortiz, “é uma técnica institucional, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social e de uma certa ideia de Estado que provém da Revolução”.⁷

A concepção predominante no século XIX, na fórmula do Estado liberal ou Estado abstencionista, pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos.

Esse afastamento significava, em primeiro lugar, a não-interferência do Estado na sociedade; daí as reduzidas funções que lhe cabiam, a inibição do Estado no âmbito econômico e social. Em segundo lugar, importava no antagonismo à existência de grupos intermediários, que pudessem interpor-se entre o indivíduo e o Estado, como associações políticas, culturais, profissionais.⁸

Paradoxalmente, a preocupação da burguesia liberal de limitar o poder político e preservar sua liberdade, observa Ariño Ortiz, “contribuíram para acelerar o processo histórico de concentração e absorção do poder em mãos de uma Administração

⁶ GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*, p. 21.

⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 51; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*, p. 19.

⁸ A Lei *Le Chapelier*, dos dias 14-17 de junho de 1791, que visa condenar e proibir o regime das corporações, declara: “Não há mais corporações no Estado; há somente o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. A ninguém é permitido inspirar um interesse intermediário aos cidadãos, separá-los da coisa pública por um espírito de corporação”.

personificada e progressivamente centralizadora”.⁹

Ficando o indivíduo politicamente só diante do Estado, este se viu progressivamente obrigado a assumir, como próprias, algumas tarefas que até então não se haviam considerado estatais, pois eram desenvolvidas pela sociedade, organicamente estruturada, ou seja, eram assumidas pela Igreja (em todas as suas múltiplas personificações), pelas fundações, pelas corporações, pelas universidades e outros entes representativos do corpo social.¹⁰ Assim aconteceu até meados do século XIX, com os hoje chamados serviços públicos assistenciais e sociais; quer dizer, aqueles que garantiam o direito do administrado à conservação da vida e da saúde e ao aprimoramento de sua personalidade, como beneficência, saúde e educação, que eram atividades assumidas pela sociedade, embora o Estado as regulasse.

É certo que diversas são as razões que determinaram a assunção por parte da Administração Pública dos chamados serviços assistenciais e sociais e que tal assunção pode revestir vários graus de intensidade.

Isto não quer dizer que tais atividades, quando promovidas pela iniciativa privada paralela, sejam regidas única e exclusivamente pelo princípio da liberdade individual, pois, a partir desse momento, ficarão sujeitas a uma progressiva regulamentação, através da técnica de polícia, justificada por sua conexão com o interesse público.¹¹ A propósito, observa Meilán Gil que “o mecanismo ideológico (separação Estado-sociedade) reclama que se há uma separação entre tarefas do Estado e tarefas da sociedade, para intervir em um certo campo o Estado necessita previamente declará-lo de sua competência, quer dizer, declará-lo público”.¹²

Serviço público e *publicatio* (passagem à titularidade do Estado) aparecem, assim, indissolivelmente ligados na cultura jurídica europeia de raiz francesa,

⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, pp. 53-54; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*, p. 20.

¹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 54. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*, p. 20.

¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*, p. 322. Convém registrar que em nossos dias o panorama a respeito deste tipo de serviços não mudou substancialmente, pese a ampliação dos sistemas públicos de prestação e a intensa regulação dos serviços privados da mesma natureza (SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*, p. 49).

¹² MEILÁN GIL, José L. *La Cláusula e progreso en los servicios públicos*, p. 12.

diferentemente do que sucederá nos países anglo-saxões.¹³

O serviço público, identificado com a *publicatio*, não vai aparecer de maneira repentina como título autossuficiente para legitimar *per se* essa absorção da atividade, mas é o resultado de um processo gradual, por meio de: 1) regulação de polícia progressivamente intensa sobre as liberdades dos particulares (em matéria de iluminação pública, de eletricidade, de gás ou de telefones) – é uma etapa que dura pouco; 2) a utilização especial ou privada do domínio público como título mediato de intervenção nas atividades de prestação que exigem indubitavelmente tal uso (a extensão de vias, de canais, de fios telefônicos ou de condutos de gás); 3) a própria definição da atividade como serviço público (necessite ou não do uso especial do domínio público):¹⁴ o título de intervenção é a reserva de titularidade da atividade a favor do Estado, que exige a concessão prévia.

Nesse contexto histórico – ideológico, político e cultural – surge o conceito técnico-jurídico de serviço público, tal como chegou até nós.

1.2. Formação e evolução da teoria clássica do serviço público

A noção de serviço público aparece no campo do direito administrativo, sem que preexistisse uma definição legal que a tipifique e sem que se estabeleçam seus caracteres de uma maneira precisa.

Por obra da jurisprudência e da doutrina francesas, se foi perfilando uma instituição, com um regime jurídico peculiar de Direito público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado

¹³ Nos países anglo-saxões, a configuração dos serviços públicos – denominados *public services*, ou mais frequentemente *public utilities* – não se vincula à assunção dos correspondentes serviços de interesse geral pelo Estado, mas pela presença de prestadores privados submetidos a algum tipo de regulação e de controle público. Isto ocorre porque ali a interação entre liberdades sociais e poder público tem origem e evolução bem diferente aos da Europa continental, como bem distintos também resultam a base filosófica – predomínio do empirismo e do pragmatismo frente ao racionalismo continental – e o sistema jurídico – *common law* frente ao regime administrativo (SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*, p. 154).

¹⁴ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*, p. 350; SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*, pp. 156-157.

assumiu e que este passou a prestar, a partir do século XIX, de forma direta ou indireta.¹⁵⁻

16

Apesar de não haver, a esse respeito, consenso na doutrina, costuma-se afirmar que o marco inicial da noção de serviço público se encontra no caso Blanco, julgado pelo Tribunal de Conflitos, em 08 de fevereiro de 1873.¹⁷ Tal aresto dizia respeito ao pedido de indenização formulado pelo pai da menina Agnès Blanco que, ao atravessar uma rua de Bordeaux, foi colhida por um vagonete carregado de tabaco da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo, integrante da Administração francesa, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pela jurisdição administrativa, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil. Ainda que se fixasse que a responsabilidade do Estado “*não é nem geral nem absoluta*” e que se regula por normas especiais, afirmou a autonomia da responsabilidade administrativa e desempenhou a importante função de reconhecê-la como um princípio aplicável mesmo à falta de lei.

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*, p. 30.

¹⁶ Nasce o conceito de serviço público: para justificar a atuação estatal; para justificar a limitação da atuação privada; para justificar um intenso controle da atuação privada.

¹⁷ A doutrina invoca os arestos “Rothschild”, “Carcassone”, “Baudry”, “Dekeister” como precursores da decisão Blanco.

Odete Medauar registra que tais decisões “proclamavam, com nitidez, o sentido do serviço público. Assim, o *arrêt* Rothschild, CE, 1855. Os fatos foram os seguintes: uma carta do Sr. Rothschild, remetida de Londres para a posta restante de Paris, e na qual havia diamantes de valor, foi perdida por culpa de agente desta que a tinha remetido a outro Rothschild. A decisão menciona serviços públicos.

No mesmo sentido as decisões: Carcassone, de 1858 (perda de carta); Baudry, de 1861 (ferimentos causados em cavalo, atrelado a charrete, que foi derrubada por carro de equipamentos militares); Dekeister, 1862 (perda de carta com valores).

Todas são ações contra o Estado, em virtude de danos advindos dos serviços públicos. Em todas se afirma que a Administração é regida por direito especial quando desempenha serviços públicos.

Por que só a decisão Blanco repercutiu? Por dois motivos, sobretudo: a) foi emitida após o Conselho de Estado tornar-se jurisdição independente, com justiça delegada (1872); b) não mais aparece nas *consideranda* invocação do decreto de 26 de setembro de 1793, que atribuía somente à autoridade administrativa a decisão de pedidos que tendiam a fazer do Estado um devedor. O *arrêt* Blanco deixou de se referir a esse decreto, para fixar a competência da justiça administrativa, e vinculou essa competência à atuação do Estado na prestação de serviços públicos. O comissário de governo David ligou serviço público a direito público” (Serviço público. *Revista de direito administrativo*, vol. 189, p. 102).

A importância do caso Blanco, segundo Soto, é, sem dúvida, exacerbada, pois parecia muito pequena no momento em que foi pronunciada, “a despeito da alusão feita ao 'serviço público', expressão desprovida de um sentido específico na época”.¹⁸ Só trinta anos mais tarde a decisão voltou a ser objeto de estudos teóricos, especialmente G. Teissier, no seu tratado *La responsabilité de la puissance publique* (1906), “tornando-se o pilar de uma doutrina, a do serviço público, que se apresenta, ao mesmo tempo, sob um aspecto constitucional e sob um aspecto técnico-jurídico”.¹⁹

Não obstante, foi a partir dele que se desenvolveu a jurisprudência francesa do século XX, para assegurar a fortuna do serviço público. Essa noção teve diversos préstimos jurídicos, distintos dos que possui atualmente, sendo utilizada pelos comissários do governo e pelo juiz administrativo, tanto como noção fundamentadora do direito administrativo quanto como critério de repartição de competências entre as jurisdições administrativa e comum, pois se lhe atribuía o caráter decisório para a aplicação do Direito Administrativo.²⁰

A teoria do serviço público se desenvolve no primeiro terço do século XX, na primeira grande etapa do intervencionismo público e foi sistematizada por Duguit e Jèze,²¹ surgindo a Escola do Serviço Público, também chamada de Escola Realista ou de Bordeaux. Seus autores vinculam-se à ideologia da III República francesa: a filosofia neokantiana, o positivismo das Ciências Sociais – Auguste Comte –, a Sociologia – E. Durkheim –, o Solidarismo – Léon Bourgeois, que ensina que entre os cidadãos de um mesmo Estado se estabelece um “*quase-contrato social*” (o que afasta a ideia rousseauiana de um compromisso pessoal de cada indivíduo), consequência do fato de todo cidadão ter – mais ou menos – aproveitado dos bens do meio nacional e se submeter

¹⁸ SOTO, Jean de. *Grands services publics et entreprises nationales*, p. 12.

¹⁹ *Idem*, p. 13. Na mesma linha LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Grands services publics*, p. 9 ; CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*, p. 4

²⁰ Os arestos “Terrier”, de 6 de fevereiro de 1903 (destruição de víboras, mediante remuneração) e, “Thérond”, de 4 de março de 1910 (contrato entre a comuna de Montpellier e o Sr. Thérond para que este recolhesse cães errantes e animais mortos onde estivessem, recebendo remuneração por taxa cobrada dos habitantes e pelos despojos dos animais) constituem um bom exemplo disso. Em ambos, firmou-se a competência do Conselho de Estado, com base no caráter de serviço público reconhecido às atividades (CORAIL, Jean-Louis de. *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, pp. 4-5; MAIORANO, Jorge Luis. Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público, p. 17; MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de direito administrativo*, vol. 189, p. 105).

²¹ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y de regularidad*, p. 23.

a um estatuto compreendendo direitos e sobretudo deveres,²² e o pensamento socialista e radical – Proudhon – proporcionam bases éticas e interdisciplinares para explicar e fundamentar juridicamente a nova grande tarefa do Estado.²³

A metodologia da Escola do Serviço Público se baseia no denominado realismo jurídico. Tanto Duguit como Jèze atribuem destaque especial aos instrumentos da investigação. Léon Duguit recomenda aos juristas que sigam sempre o método positivo e descartem todas as concepções metafísicas e, *a priori*, todos os procedimentos artificiais e as ficções.²⁴ Para Jèze, “há somente um método eficaz: é o da observação dos fatos” e os fatos que um jurista deve observar são “os fatos econômicos, sociais e políticos, o meio no qual nascem, desenvolvem-se e se aplicam as regras de conduta social, cujo conjunto constitui o direito de certo país em determinado momento”.²⁵

A teoria do Estado desenvolvida por Duguit tem por objetivo limitá-lo juridicamente, em face do acréscimo de suas atividades. Criticando a teoria tradicional individualista que dominara os séculos XVIII e XIX, opõe-se Duguit à concepção subjetivista e voluntarista do Direito – considerado como uma criação da vontade do Estado – com um objetivismo sociológico – o Direito não é uma criação do Estado; é a resultante objetiva de uma situação social determinada em dado momento histórico e, por isso, mutável de acordo com ela. Só tem como regras de direito as que são efetivamente aplicadas, quer dizer, materializadas por um comportamento social. Por conseguinte, a limitação do Estado pelo serviço público deve ser objetiva. “O princípio de todo o sistema do direito público moderno acha-se resumido na seguinte proposição: os que de fato detêm o poder não têm um direito subjetivo de poder público; mas eles têm o dever de empregar seu poder em organizar os serviços públicos, em assegurar e realizar seu funcionamento”.²⁶

O serviço público é, desta forma, concebido como o fundamento de uma teoria do Estado. É um sistema de legitimação e de produção do Estado.

A noção de serviço público se apresenta como a consequência do postulado

²² SOTO, Jean de. *Grands services publics et entreprises nationales*, p. 14.

²³ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y regularidad*, p. 24, nota 2.

²⁴ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, pp. xvi, 161-162.

²⁵ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, p. liii.

²⁶ DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*, p. 47.

sociológico de sua doutrina, que pretende fundamentar a realidade jurídica na realidade social, como resultado da observação científica dos fatos sociais e não como invenção de um conceitualismo metafísico.

Para Duguit, o serviço público é um dado objetivo e material (ele não se cria, ele se constata): “é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante”.²⁷

É, também, uma noção abstrata, quase transcendental, que “só terá realidade na medida em que encontrarmos, nas sociedades modernas, fatos dos quais ela será a síntese e que serão como a subestrutura das instituições positivas”.²⁸

Esta objetividade e esta abstração acarretam uma noção antes sociológica do que jurídica do serviço público em Duguit, pois não fornece os elementos que o caracterizem perante o Direito, esclarecendo apenas os elementos que norteiam ou devem nortear o legislador: “As instituições e atividades públicas, qualificadas temporariamente de serviço público, não reclamam a aplicação de um regime jurídico particular ou constante”.²⁹

Por conseguinte, os serviços públicos não são determináveis *a priori*, dado que as atividades que se impõem aos governantes, que são fruto de uma situação objetiva que emerge naturalmente do estado atual das relações sociais, variam no decurso do tempo, de acordo com os elementos objetivos que informam a interdependência social.³⁰

Distingue Duguit as regras construtivas das normativas, ensinando que as primeiras fundamentariam as segundas e seriam as verdadeiras regras jurídicas, porque derivadas de uma imposição da realidade social em um dado momento. A imperatividade dessas normas, promulgadas pelo Estado, através de seus governantes, promana das regras de direito às quais se ligam – regras normativas – que se formam por meio da consciência social de sua necessidade, conforme os sentimentos de justiça e de

²⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, p. 61.

²⁸ DUGUIT, Léon. De la situation des particuliers à l'égard des services publics. A propos de l'arrêt du Conseil d'État, 21 décembre 1906, Syndicat Croix de Seguey-Tivoli. *R.DP.* 1907. *Apud* PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *Le service public dans la Théorie de l'État de Léon Duguit*, p. 17.

²⁹ GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*, p. 23.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 140-141.

sociabilidade.

Repudia a soberania como a qualidade por excelência do poder público especificadora do Estado. Propondo a substituição dessa noção pela de serviço público, mostra Duguit que o “Estado não é, como se pretendeu fazer crer e se acreditou, um poder que comanda, uma soberania: é ele uma cooperação de serviços públicos, organizados e controlados pelos governantes”.³¹ E estes, submetidos à regra de direito, assim como os governados, são apenas os gerentes dos serviços públicos.

O autor empresta uma importância capital à noção de serviço público, ilustrada pela bem conhecida declaração: “O serviço público é o fundamento e o limite do poder governamental. E por aí está encerrada a minha teoria do Estado”.³²

Duguit, portanto, veio inverter o eixo metodológico do direito administrativo, que dantes se articulava em torno da ideia de “poder” estatal, de comando, pela ideia de “serviço dos administrados”. Esta concepção, consoante observação de Cyr Cambier, “leva a fazer do poder um dever; do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é a medida adotada e adaptada (*ordinatio*)”.³³

A lógica era que isso causasse uma verdadeira revolução no Direito Administrativo, o que não ocorreu. A partir daí, na esteira de Duguit, passou-se a entender o Direito Administrativo como um complexo de princípios e normas que gravitam em torno da ideia de serviço público.

Gaston Jèze, depois de Duguit, o mais célebre jurista da Escola do Serviço Público, mais cingido ao positivismo jurídico, sustenta que “a ideia de serviço público se acha intimamente vinculada à de procedimento de direito público”, concepção ausente em Duguit. Para Jèze, “dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, 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, sem que a isto se possa opor qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica. Sempre que se estiver na presença de um serviço público, estar-se-á diante de um conjunto de regras jurídicas especiais, de

³¹ DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*, p. 59.

³² *Idem*, p. 62.

³³ CAMBIER, Cyr. *Droit administratif*, p. 228.

teorias jurídicas especiais que, em sua totalidade, têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, do modo mais rápido e completo possível, as necessidades de interesse geral”.³⁴

A noção de serviço público repousava, pois, sobre as seguintes ideias essenciais: procedimento de direito público (ou regime jurídico especial) marcado pela prevalência do interesse público sobre o privado,³⁵ satisfação regular e contínua de certas necessidades de interesse geral e possibilidade de constante alteração da organização do serviço, por ato unilateral do Poder Público.

Para evitar confusões terminológicas, Jèze reserva a expressão “serviço público” para os casos em que, para satisfazer uma determinada necessidade de interesse geral, empregam-se os procedimentos de direito público, e a expressão “gestão administrativa” quando, para a satisfação de uma necessidade de interesse geral, se usam os procedimentos de direito privado. Portanto, não é toda a atividade do Estado que constitui serviço público; este só existe quando os governantes decidem realizar uma atividade estatal mediante o procedimento de direito público.³⁶ E menciona o exemplo da religião, que existiu na França como serviço público até 1905; depois se abandonou o procedimento de serviço público.³⁷

É muito ampla a extensão dada à noção de serviço público por Jèze. Se aceita na íntegra, sua teoria exclui todas as regulamentações relacionadas com o poder de polícia, pois, como assevera Basavilbaso, “esta matéria, cujo conteúdo se refere às limitações à liberdade individual, não pode, por sua própria natureza, ser entendida como um serviço público”.³⁸ Também anota Basavilbaso que, “se todos os interesses gerais que, pela vontade única e exclusiva do Estado, são satisfeitos pelo procedimento de direito público, constituem serviços públicos, ter-se-á de convir que, se o Estado satisfaz os interesses gerais da justiça pelo procedimento público – que é o único que o realiza – a justiça

³⁴ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, p. 4.

³⁵ *Idem*, pp. 5-6.

³⁶ *Idem*, pp. 9-10, 12. Pelo que foi dito, não significa que os agentes públicos não possam, no desempenho de um serviço público, utilizar-se do direito privado, como recurso excepcional. Todavia, assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, “daí não se infira que Jèze atenua com isto a associação entre serviço público ou Direito Administrativo (equivoco em que incidiu De Corail)”. Tal possibilidade “pode ser concebida como permissível para atos tomados isoladamente e não para uma atividade de serviço público considerada como um todo” (*Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 148).

³⁷ JÈZE, Gaston. *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*, p. 16.

deveria ser um serviço público, conclusão que está em choque com o conceito admitido sem discrepâncias por quase todos os juristas: a justiça é uma função do Estado, não um serviço público”.³⁹

Para Jèze, o reconhecimento da existência de serviço público é feito caso a caso, averiguando a intenção dos governantes somente quanto à atividade administrativa considerada.⁴⁰ Isto significa que buscava um critério dedutível a partir do regime atribuído pela lei, ou seja, atendia às realidades do Direito positivo, deixando de lado, portanto, qualquer pretensão de buscar estabelecer uma razão substancial ou material de serviço público, divergindo aí, visivelmente, de Duguit, que pretendia reconhecer o serviço público na própria realidade social.

A autoridade competente para decidir que, em determinado caso, existirá serviço público é o Legislativo, a jurisprudência, enfatiza Jèze.⁴¹ E esta vontade de instituir serviço público é reconhecida por um conjunto de circunstâncias, não por um único critério, tais como: o estabelecimento de encargos especiais destinados a assegurar o funcionamento do serviço; a organização do poder de receber os impostos ou as taxas propriamente ditas, para garantir o funcionamento do serviço; a criação de um monopólio de exploração; a iniciativa do serviço.⁴²

Cinco anos depois, Jèze volta a reiterar que “todas as regras especiais do Direito Público têm por base, por justificação, a noção de serviço público”.⁴³

Roger Bonnard não se afasta, em essência, dos autores citados no que se refere à importância que atribui ao serviço público como ideia mestra do direito administrativo. Mas nem toda atividade do Estado é serviço público.

Segundo Corail,⁴⁴ Bonnard jamais deu uma definição precisa de serviço público. Tomando os serviços públicos em sua acepção mais lata, sem distinguir os serviços administrativos dos legislativos e jurisdicionais, considera os serviços públicos “órgãos que formam a própria estrutura do Estado [...]. Os serviços públicos têm por objetivo essencial assegurar a realização das intervenções do Estado, o exercício das atribuições

³⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*, p. 17.

⁴⁰ JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*, p. 18.

⁴¹ *Idem*, p. 18, nota 33.

⁴² JÈZE, Gaston. *Op. cit.*, pp. 22-23.

⁴³ JÈZE, Gaston. *La notion de travaux publics et de domaine public*, p. 364.

⁴⁴ CORAIL, Jean-Louis de. *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, p. 13.

do Estado”.⁴⁵

Encarando os serviços públicos administrativos de um ponto de vista orgânico, isto é, como um conjunto de órgãos, Bonnard assinala que, ao lado da função administrativa que compete a esses órgãos a título principal, existe a função legislativa, em decorrência do poder regulamentar que lhes é atribuído. Por isto, não coincidem serviço público administrativo e direito administrativo, pois este se limita à função administrativa, nos termos da definição de Bonnard: “O direito administrativo é esta parte do direito público interno que tem por objeto prever e regular as intervenções administrativas do Estado, isto é, as intervenções realizadas por meio da função administrativa e asseguradas pelos serviços públicos administrativos cujo complexo constitui o que correntemente se designa como administração”.⁴⁶ Ligando-se a definição de função administrativa à ideia de asseguramento do desempenho dos serviços públicos, resulta que estes constituem o ponto nodular do direito administrativo.

Se, na doutrina de Bonnard, não coincidem serviço público administrativo e direito administrativo, do ponto de vista orgânico, também do material não é absoluta a correlação entre direito administrativo e serviço público administrativo. Bonnard admite que, em alguns serviços públicos, a aplicação do direito público não se impõe necessariamente para garantir o seu bom funcionamento, bastando o direito privado.⁴⁷

Forçoso, porém, é salientar que, na medida em que se aceite a inexistência de coincidência obrigatória entre serviço público e direito administrativo, a noção perde seu préstimo como critério preciso para delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e se torna insuficiente para a caracterização dos vários institutos administrativos e determinação da ocorrência do regime administrativo. Consequentemente, torna-se ainda inábil como critério de repartição de competências, no caso de jurisdição dual.⁴⁸

Sintetiza Celso Antônio Bandeira de Mello:

“(...) enquanto Duguit conceitua o serviço público em termos sociológicos e identifica as regras de direito administrativo com o serviço público administrativo, [...] enquanto Bonnard, menos positivo na matéria, aproxima-

⁴⁵ BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*, p. 235.

⁴⁶ *Idem*, p. 1.

⁴⁷ *Idem*, p. 4.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 147.

se de Duguit no esforço de configurar o serviço público de forma substancial (embora só o defina no sentido subjetivo), mas abranda a constância da relação serviço público-direito administrativo, Jêze assume perspectiva formal, rigorosamente jurídica, e conceitua o serviço público como um procedimento técnico que se traduz em um regime peculiar, ‘o processo de direito público’ e associa estreitamente serviço público administrativo e direito administrativo”.⁴⁹

Na mesma época, ou seja, no início do século, Maurice Hauriou, frequentemente apresentado como um adversário das teses da Escola do Serviço Público, em contínua polêmica com Duguit, sobretudo, considerava que “a função administrativa consiste essencialmente na gestão de serviços no interesse do público”⁵⁰ e reconhecia, de um ponto de vista técnico, em sua nota sobre o caso Feutry⁵¹ (T.C., 29 de fevereiro de 1908, Recueil Sirey 1908.3.97) que “a operação de serviço público tinha triunfado (...) e se transformado na base do contencioso administrativo de jurisdição plena.” Sabe-se, entretanto, que Hauriou, diferentemente de Duguit, preferia caracterizar o Estado pelo poder público e não pelo serviço público, mesmo que este poder público não devesse ser posto em ação senão para a satisfação do interesse geral, que permanece o fim de todo serviço público.⁵² Para este autor, o serviço público é a obra a realizar; o poder público é o meio. Embora o poder público apareça em primeiro plano, o serviço público desempenha papel importante. Afirma que a doutrina de Duguit não é verdadeiramente realista, porque negligencia elemento essencial da realidade, o poder político, que é um fato.

O mestre de Toulouse, segundo Soto, esforça-se por laicizar a noção de bem comum da corrente cristã-social e “adaptá-la aos traços da III República”. Hauriou recusa-se a aceitar como fundamento e limitação do poder a regra de direito objetivo de Duguit. O poder público assume por si mesmo um poder jurídico, e, nesse sentido, permanece ligado à teoria tradicional. Mas, “no seu funcionamento, o poder público deve ser ‘finalizado’ pelo interesse geral, daí a relevância da noção de serviço público; a combinação das duas ideias de poder e de interesse geral se faz na famosa teoria da

⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*, pp. 150-151.

⁵⁰ HAURIOU, Maurice. *Principes de droit public*, p. 473.

⁵¹ Caso Feutry: responsabilidade de um departamento, discutida em razão de danos causados por um louco que fugira do abrigo público de Clermont (LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, pp. 79-80).

⁵² HAURIOU, Maurice. *Op. cit.*, p. 319.

instituição”.⁵³

Hauriou definiu serviço público como “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma ideia de polícia, no sentido elevado da palavra”.⁵⁴ O serviço público não é senão “um dos procedimentos mais eficazes que as Administrações empregam para cumprir suas missões”.⁵⁵

Juan Carlos Cassagne⁵⁶ destacou, na mesma linha de Meilán,⁵⁷ que é errado atribuir a Duguit a paternidade intelectual da teoria do serviço público e que, ainda quando pareça de certo modo paradoxal, a origem da noção doutrinária pertence ao decano Hauriou. Para este autor, o direito administrativo se encontra mais orientado para a gestão dos serviços públicos que para a pura polícia e constitui uma noção capital do regime administrativo, junto com o poder público. Enquanto o serviço público configura o fim que persegue a obra que a Administração Pública leva a cabo, o poder público envolve o meio de realização de referida finalidade que autolimita o poder pela ideia de serviço. Como se pode ver, nada mais distante da concepção estatista que desenvolveu a denominada Escola de Bordeaux, encabeçada por Duguit, que idealizou o Estado como titular de direitos objetivos anteriores a este. Ademais, ao deslocar a ideia de poder público, com fundamento em uma concepção pretendidamente antiautoritária e solidarista e fazer do Estado uma espécie de cooperativa de serviços públicos, deu-se outro paradoxo pois, em definitivo, desapareceram os limites materiais do poder público, o que pôde ser exercido discricionariamente pelo Estado com o objetivo de cumprir com suas

⁵³ SOTO, Jean de. *Grands services publics et entreprises nationales*, p. 15.

⁵⁴ HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*, p. 64.

⁵⁵ HAURIUO, Maurice. *Principes de droit public*, p. 64.

⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 21. Pontua Cassagne que, na doutrina francesa distintos trabalhos publicados respaldam sua postura: LAUBADÈRE, André de, trabalho publicado em *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, p. 209 e ss.; RIVERO, Jean. Hauriou et l'avènement de la notion de service public. *Études en honneur d'Achille Mestre*, p. 462 e ss. Mairal sustentou o contrário em Ideologia del servicio público. *RADA*, nº 14, p. 359 e ss. *apud* CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 21, nota 9.

⁵⁷ MEILÁN GIL, José Luis. El servicio público en el derecho actual. *R.E.D.A.*, nº 17, p. 344 e ss, 1995, *apud* CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 21.

responsabilidades sociais em áreas do interesse geral.⁵⁸

A simples menção às teorias da Escola do Serviço Público e da Escola Institucional e suas divergências já evidencia a dificuldade da obtenção de um denominador comum para a noção de serviço público e a imprecisão de sua conceituação.

As ideias de Duguit e Hauriou tiveram seguidores e adversários, tanto na época inicial de sua exposição, como nos períodos subsequentes; e ainda hodiernamente, ora de modo mais atenuado, ora de modo manifesto, percebe-se entre os doutrinadores nítida inclinação por um ou outro.

Assim, filiaram-se à Escola de Serviço Público: na França, L. Rolland, André de Laubadère, Latournerie; na Argentina, Rafael Bielsa; no Brasil, Themístocles Brandão Cavalcanti. E a Hauriou: Henry Bérthelemy, Jean Rivero e Georges Vedel.

Os autores, em sua maioria, são concordes em afirmar que a definição clássica de serviço público reunia três elementos, embora se desse maior realce ora a um ora a outro dentre eles, quais sejam:

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

No período do Estado liberal era válida a combinação desses três elementos para definir o serviço público. Todavia, pouco a pouco, a noção foi abalada em face da dissociação de seus elementos, ocorrida por vários fatores.

Em primeiro lugar, à medida que o Estado foi se afastando dos princípios do liberalismo, começou a ampliar suas intervenções e o rol de atividades próprias, definidas

⁵⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*, pp. 21-22. Diz-se que o “serviço público como técnica jurídica nasce no ambiente criado como consequência de um determinado entendimento das relações entre Estado e Sociedade, em cuja construção teórica haveria que citar, além de Rousseau, a Locke e a Hegel” (MEILÁN GIL, J.L. *apud* CASSAGNE, Juan Carlos. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*, p. 22, nota 14).

como serviços públicos, pois passou a assim considerar determinadas atividades comerciais e industriais que antes eram tradicionalmente reservadas à iniciativa privada.

Ao mesmo tempo o Estado percebeu que não dispunha de organização adequada à realização desse tipo de atividade; em consequência, começou a haver a gestão de serviços públicos por particulares, por meio dos contratos de concessão de serviços públicos e, posteriormente, por meio de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim, sob regime jurídico predominantemente privado. Admitiu que certas atividades de empresas particulares tinham o caráter de serviço público, seja pela própria natureza delas, seja pela repercussão que atingiam em virtude do âmbito de sua ação. Restou, assim, completamente subvertida a noção clássica ou tradicional de serviço público.

Por essa razão, os autores passaram a falar, na década de 50, em crise na noção de serviço público, entendendo que os três elementos normalmente considerados pela doutrina para conceituar o serviço público não são essenciais, porque às vezes falta um ou até mesmo dois dos elementos.

Muitos autores disseram que aquela noção não servia para nada, o que não é verdade. O serviço público passou a ter uma outra dimensão. Assim, entendemos que, embora já não seja mais empregada para as finalidades apontadas pela Escola Clássica e não seja mais operatória para caracterizar sozinha o direito administrativo e a competência do juiz administrativo (o que é irrelevante para os países de jurisdição una), a noção jurídica de serviço público subsiste como um dos importantes modos de atuação administrativa, assegurada por um regime jurídico próprio.

O que houve foi o declínio da noção tradicional que passou a mostrar-se em dissonância com a realidade, em face da mudança de condições sociais traduzidas em vários procedimentos do Estado pós-liberal, suscitando novas redefinições e, após longas discussões dogmáticas, acabou prevalecendo a linha do formalismo juspositivista, que desde então passava a dominar, privilegiando a concepção formal.

Houve o abandono do tema durante certo tempo, o que não impediu que nos anos posteriores o serviço público fosse objeto de um uso intensivo e expansivo por parte do ordenamento do Estado Social, que nele encontrou um importante instrumento para seu próprio crescimento, em especial nos Estados pobres, onde permitiu melhorar a situação de todos.

1.3. A mudança de um modelo de Estado e as mutações do serviço público

Na quadra final do século passado, as alterações efetuadas por conta da reforma do Estado levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais importantes da receita neoliberal. Há o refluxo da atuação do Estado, num movimento pendular.

Via de consequência, desde finais dos anos 80 (na Grã-Bretanha dez anos antes), a discussão sobre o serviço público reaparece, na esteira de um amplo processo de privatização, por um lado, e liberalização por outro, de alguns dos principais setores da economia, que até então se encontravam submetidos a um planejamento e gestão estatal, quase sempre monopólica.

Junto a esta alteração no modelo de Estado, o perfil do serviço público sofreu significativas inovações decorrentes de normas oriundas da Comunidade Europeia, que buscaram dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, em especial mediante a inserção da concorrência nestas atividades como fundamento da eficiência, com base na ideologia do mercado. “Fala-se em serviços de interesse econômico geral, determinando-se, como regra, sua submissão ao regime jurídico das atividades privadas, mas se admitindo, em face de circunstâncias específicas, a adoção de regime jurídico diverso”.⁵⁹

A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos de atividade econômica privada e serviço público, suscitando debates quanto à utilidade da permanência do conceito de serviço público ou, pelo menos, a sua utilidade da mesma forma que antes, por haverem se modificado substancialmente os pressupostos

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 571. A expressão serviço econômico de interesse geral foi utilizada no Tratado de Roma e ainda é mantida no Tratado de Amsterdã, de 1997. Os textos da União Europeia também deram espaço à noção de serviço universal, no sentido de um serviço básico, segundo uma qualidade definida e a um preço acessível. Tais documentos e expressões repercutiram nos países europeus e em vários outros. A exposição acerca da evolução do instituto do serviço público no cenário comunitário extrapola os limites deste trabalho.

econômicos, sociais, políticos e culturais, sobre os quais esta instituição surgiu e se desenvolveu.⁶⁰

A rigor, duas razões são apontadas como fundamentais para isso. A primeira é que o conceito ficou excessivamente vinculado a um dado modelo econômico de exploração do serviço, que está sendo abandonado no mundo todo, inclusive no Brasil, caracterizado, principalmente, pela exploração monopolista (seja estatal ou privado), não-concorrencial, por meio de empresas estatais, para um ambiente concorrencial.

A segunda razão, mais séria, prende-se à própria viabilidade de existir um conceito de síntese, como o de serviço público foi no passado, pois, nos primórdios, os serviços eram simples, tanto do ângulo tecnológico, como no da organização econômica. Via de consequência, sua disciplina jurídica não era muito complexa, resumindo-se a algumas poucas questões, que não ensejavam maiores debates.

Por sua vez, o desenvolvimento tecnológico produziu inovações no âmbito econômico, em especial no tocante à teoria do monopólio natural,⁶¹ e antigos limites naturais à ampla concorrência foram sendo superados.

Dia a dia surgem novas técnicas, de modo a potencializar a exploração de vários serviços, possibilitando a existência de competição para algumas modalidades⁶² por diversos mecanismos e suscitando a aplicação do “direito da concorrência” (ou antitruste,

⁶⁰ Lembra Mônica Spezia Justen que, apesar desse cenário aparentemente avesso à preservação da ideia de serviço público, surge uma nova abordagem do tema que recupera um aspecto da relevância dos serviços públicos para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social. Essa nova forma de compreender os serviços públicos implica a recondução desse instituto tipicamente de Direito Administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano do direito constitucional. Essa ponderação se faz em face da constatação de que os serviços públicos estão umbilicalmente unidos aos princípios emanados constitucionalmente (*A noção de serviço público no direito europeu*, p. 231).

⁶¹ “Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico (...). Os exemplos de monopólios naturais são os serviços prestados em rede, tal como a energia elétrica, a telefonia fixa a distribuição de água e coleta de esgoto, as ferrovias etc.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 570).

⁶² É o caso da energia elétrica, “construído a partir da ideia de ciclo completo, em que uma única e mesma empresa dominava todas as atividades pertinentes (desde a geração até a comercialização de energia). Mas o progresso científico, ao longo das últimas duas décadas, propiciou alteração radical. Novas tecnologias permitem a geração de energia por processos muito mais baratos e com elevadíssima eficácia. Há plena possibilidade de competição no plano da geração da energia. Ou seja, a realidade contemporânea apresenta um panorama econômico-material distinto daquele do início do século XX” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, pp. 570-571).

assim denominado o conjunto de normas destinadas a prevenir e a reprimir a deficiência na concorrência) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Desse “novo” serviço público, imbricado de uma nítida conotação econômica defluiu também um novo modelo de regulação para a competição, que supõe uma transformação dos modos de interpretação e de aplicação de muitos dos princípios de organização e regime jurídico que disciplinaram o funcionamento dos serviços públicos na tradição continental europeia e brasileira, oriundos de sua necessária adaptação às conjunturas e aos contextos particulares no fim do século XX e início do século XXI.

Uma série de medidas foi implantada pertinentes aos serviços cuja prestação pressupõe uma infraestrutura em rede, tal como ocorre com a energia elétrica, o gás, as telecomunicações, as rodovias e as ferrovias.

Um princípio que se reflete em toda a estrutura do novo modelo de regulação para a competição é a desintegração vertical das distintas fases ou segmentos do negócio do que se trata. Admite-se que certos serviços possam ser segmentados em duas ou mais atividades e a adoção de regimes de concorrência em algumas delas. O processo de desverticalização (*unbundling*), surgido no direito anglo-saxão, foi se firmando na medida em que se desencadeiam atividades introdutórias da competitividade nos serviços entregues à iniciativa privada.

Os serviços públicos fragmentaram-se, dissociaram-se, nem sempre compondo um bloco unitário, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. É certo que existem modalidades de atividade, aquelas exercidas em rede⁶³ “em que o regime de monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes combinações com o da concorrência. (...). Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral,

⁶³ O tratamento jurídico peculiar para os serviços em rede: 1- fragmentação (dissociação) das atividades de serviço público; 2- a ampliação da competição entre prestadoras, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la; 3- a dissociação entre propriedade e exploração da rede; 4- o compartilhamento da rede; 5- o compartilhamento compulsório; 5-a perspectiva crescente da assimetria regulatória, entendida como a admissão, na exploração de serviços públicos de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados.

quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição. De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio”.⁶⁴

Por meio do estudo dos monopólios naturais no direito concorrencial norte-americano foi desenvolvida a doutrina das *essential facilities* e *Third Party Access*. E existe uma *essential facility* “quando há situação de dependência de um agente econômico em relação à estrutura de outro agente, principalmente quando a duplicação dessa estrutura é inviável, seja pelos custos envolvidos, seja pela necessidade de escala para a operação do sistema”.⁶⁵

Consequentemente, aos poucos foi surgindo uma complexa ordem regulatória completamente diferente da anterior.

A competência regulatória do serviço público é retirada dos órgãos encarregados de sua prestação, havendo uma dissociação entre a atividade de regulação e de prestação do serviço público.⁶⁶ Como se observa, “marca-se uma nítida tendência de transição de um modelo de Estado prestador em direção a um modelo de Estado regulador – e possivelmente esta é a chave para entender as transformações em curso”.⁶⁷

Verifica-se também que, diante da diversificação e da sofisticação dos serviços, não podem eles ser tratados e disciplinados de modo uniforme, e, cada um, pelas suas peculiaridades, é objeto de um universo jurídico com especialidades muito próprias, não

⁶⁴ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de direito administrativo*, v. 230, p. 60.

⁶⁵ CELLI JUNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 134, p. 180.

De acordo com Marçal Justen Filho, “essas concepções reconhecem o direito de terceiros valerem-se da infraestrutura disponível para desenvolver atividade competitiva. O monopólio acerca da infraestrutura não afasta a possibilidade de competição, impondo-se ao titular dessa infraestrutura um dever de permitir o acesso (mediante remuneração apropriada) de competidores a esse conjunto de bens. Há uma forte tendência na Europa e nos EUA a impedir que o titular da infraestrutura explore outra atividade econômica além dela própria. Assim, o proprietário dos trilhos não poderá prestar serviços de transporte ferroviário: oferecerá a estrutura que permite a exploração dos serviços, obtendo lucro através da remuneração paga pelos agentes na área de transporte. A grande decorrência consistiu no fracionamento econômico das atividades, o que inviabilizou o tratamento jurídico unitário” (JUSTEN FILHO Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Direito do Estado. Novos rumos*, pp. 120-121).

⁶⁶ Em suma, observa-se: 1. a dissociação entre a regulação e a prestação do serviço público; 2. a extinção da uniformidade jurídica; 3. a diferenciação qualitativa entre os serviços; 4-a questão da exclusividade na prestação do serviço público

⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações nos serviços públicos. *Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, p. 223.

sendo viável explicar tudo globalmente, tornando-se necessário consultar a disciplina de regência de cada matéria e examinar analiticamente como se manifestam as múltiplas competências do Estado, no âmbito dos três Poderes.

Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica, o direito da educação, o direito da saúde e assim por diante.

Em consequência, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico em relação a todos os serviços públicos, havendo distinção quanto às formas de organização e de prestação dessas atividades; aos fins a que estão vinculadas; aos critérios de controle (prévios, concomitantes ou a posteriori), adequando o regime geral de controle da Administração pública às especificidades da atividade de regulação e possibilitando o surgimento de novos instrumentos de provocação social de controle, à disciplina das formas de participação e de colaboração dos particulares com o Estado; ao modo do administrado se relacionar com o serviço público; no cuidado com os direitos do usuário; ao regime de retribuição pela prestação de serviços.

Não há também condições de serem dadas respostas de maneira global, apenas pela identificação do caráter público ou privado do serviço em causa, sobre o tipo de gestão compatível com as diferentes modalidades de atividades; as prerrogativas do Poder Público, que são suscetíveis de variantes; os modos e limites admissíveis de transferibilidade de gestão, os instrumentos de controle, em especial, o social; o processo a ser adotado na verificação de inadimplência, a depender do que dispuser a lei em cada caso; a regulação estatal dos preços dos serviços de incumbência estatal explorados por particulares; a responsabilidade do Estado em virtude dos prejuízos gerados pela execução de serviços.

Nesse conjunto de fatos, ganharam impulso institutos e práticas de democracia participativa ou de colaboração dos particulares com o Estado, que tem sua origem nos diferentes textos legislativos associando os usuários à definição das regras de organização e de funcionamento dos serviços públicos, para que possam corresponder às suas necessidades concretas e possibilitando o surgimento de novos instrumentos de provocação social de controle.

Diversificaram-se os modos de prestação de serviços públicos, observando-se, nas últimas décadas, o surgimento de novos tipos de ajuste, decorrentes de consenso, acordo, cooperação, emergindo o termo parceria, “vinculado à contratualização, para

abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores”.⁶⁸

Não há dúvida de que o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova compostura diante das inovações trazidas pelas leis infraconstitucionais que, indubitavelmente, estão acarretando muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, em especial diante da possibilidade, ou não, da compatibilidade das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro.

Discute-se hoje o que caracteriza o serviço público num setor de pós-privatização. Reputa-se que o conceito tradicional de serviço público se encontra diante de uma nova crise. A primeira crise foi gerada porque o Estado passou a assumir atividades que não eram dele. Esta nova crise está sendo gerada porque o Estado deixa para trás atividades que a ele são atribuídas.

O conceito de regulação estatal se modifica por força da mudança nos padrões de relacionamento entre Estado e Sociedade, pela ampliação dos campos de atuação regulatória estatal e, inclusive pela introdução de fortes instrumentos de atuação estatal sobre as relações econômicas (afirmação do direito do consumidor e fortalecimento do direito da concorrência). A regulação, inicialmente entendida como campo da atuação direta e indireta do Estado sobre o domínio econômico, vive uma profunda mudança de campos, instrumentos e finalidades. O debate hoje é qual é o grau de intervenção desejável.

Acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a Corte Europeia já retrocedeu um pouco e passou a admitir, em determinadas atividades econômicas consideradas essenciais (como telecomunicações, energia elétrica e outras), a imposição de **obrigações de serviço público** especialmente a universalidade e a continuidade.

Depois disso, retrocedeu mais um pouco, ao substituir a expressão **serviço de interesse econômico geral** por **serviço de interesse geral**. Isto ocorreu porque a União

⁶⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 213.

Europeia evoluiu de sua posição inicial, voltada exclusivamente para fins de interesse econômico, para uma posição que abarca também os objetivos sociais”⁶⁹ (grifos do autor)

Jacqueline Morand-Deviller, após registrar a aproximação havida entre as noções de “serviço público à francesa” e de “serviço de interesse econômico geral”, adotada no âmbito da União Europeia, esclarece que “tendo alargado seus objetivos - estritamente econômicos na origem - acolhendo o objetivo de coesão social, o direito da União Europeia se aproximou pouco a pouco da concepção ética do serviço público”.⁷⁰ Acrescenta, ainda que “habituação a situações de privilégios e monopólio, os serviços públicos franceses tiveram que rapidamente respeitar as regras novas de publicidade e concorrência. O conflito se apaziguou e aproximações foram procuradas de uma parte e outra. O ‘serviço público à francesa’ adaptou-se às exigências de Bruxelas mas ele também as influenciou”.⁷¹ Essa aproximação, porém, no entender da Autora não autoriza, a exemplo de Bruxelas, renomear o serviço público como serviço de interesse geral.

1.4. Recepção, em forma expressa, da categoria de serviço público. Os sentidos de ‘serviço público’ extraíveis da Constituição Federal de 1988

“A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição compromissória, no sentido de que busca conciliar os diversos interesses públicos e privados e ideologias envolvidas em sua elaboração e na sua posterior aplicação. Não haveria como os serviços públicos escaparem a essa lógica, ainda mais sendo atividades que marcam a divisão entre a esfera pública e a esfera privada”.⁷²

O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora o Texto de 1988 não tenha erigido algum conceito constitucional de serviço público, forneceu algumas diretrizes, alguns referenciais conformadores da área definida como própria dos serviços públicos.

Dois critérios são frequentemente atribuíveis a tal expressão: o sentido orgânico ou subjetivo, com significado de aparato administrativo do Estado (arts. 37, XIII, 39, §

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 137

⁷⁰ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administrative*, p. 13.

⁷¹ *Idem*, p. 465.

⁷² ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, pp. 126-127.

7º, 40, III, 40, § 16, 136, § 1º, II; ADCT art. 2º, § 1º, art. 8º, § 4º; 19 e 53) e o objetivo, significando uma modalidade de atividade de natureza pública (arts. 21, X, XI, XII, XIV; 30, V; 37, § 6º; 54, I, “a”; 61, § 1º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5º; 223; 241; ADCT art. 66). Ademais, no uso do conceito objetivo, o texto constitucional ora restringe o conceito “serviço público” a atividades de prestação que atendem necessidades individuais (serviços *uti singuli*, isto é, os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário), como no art. 145, II, ora aplica o conceito de “serviço público” para atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e indivisíveis em uma coletividade de pessoas, como no art. 223 (serviços *uti universi*), e ora se reporta ao elemento formal, que considera, em graus variáveis, o regime jurídico de direito público (art. 175, 21, XI, XII, 25, § 2º, 30, V).

Assim, a Constituição Brasileira de 1988 poderia, em tese, contemplar as várias concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com a sua maior ou menor abrangência, podendo-se “graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública”,⁷³ sendo certo que ninguém pode proclamar-se o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro que o outro. Há, ainda, os que a utilizam num sentido objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito e derivado ou adquirido etc.

Dentre os doutrinadores, no que concerne à sua abrangência, há os que utilizam a noção de serviço público em sentido amplo (José Cretella Júnior,⁷⁴ Mário Masagão,⁷⁵ Hely Lopes Meirelles,⁷⁶ dentre outros), enquanto outros preferem um sentido restrito

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Serviços públicos. *Tratado de direito administrativo*, p. 301.

⁷⁴ Para José Cretella Júnior serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público” (*Curso de direito administrativo*, p. 409).

⁷⁵ Para Mário Masagão serviço público é “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins” (*Curso de direito administrativo*, pp. 279-280).

⁷⁶ Hely Lopes Meirelles define o serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 418).

(Maria Sylvia Zanella Di Pietro,⁷⁷ Marçal Justen Filho,⁷⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello,⁷⁹ dentre outros).

Há, ainda, os que a utilizam num sentido objetivo, subjetivo, formal, próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito e derivado ou adquirido etc.).

Não se mostra conveniente adotar o sentido amplíssimo de serviço público para delimitar e estudar certas atividades administrativas, de características peculiares, instituídas pelo Estado para atender interesses que tiver definido como próprios no

⁷⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro define 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 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços públicos. Tratado de direito administrativo*, p. 302).

⁷⁸ Para Marçal Justen Filho “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” (*Curso de direito administrativo*, p. 549). Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa: “Marçal Justen Filho adota um conceito também restritivo, vinculando a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental (o que é discutível, quando se pensa em serviços como o de navegação aérea e o de portos dentre outros) e colocando como característica a insuscetibilidade de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa (o que também é discutível, quando se pensa que os serviços sociais, como saúde, educação, cultura, assistência, previdência são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, sem que isso impeça a livre iniciativa dos particulares para atuarem na mesma área). Diz ele que ‘serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público’ “ (*Direito administrativo*, pp. 135-136).

⁷⁹ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 699). Na concepção proposta foi deliberadamente encarado o objeto em termos estritos, já que, além do substrato material e formal, exige, dentro do próprio substrato material, que a atividade ou utilidade prestada seja fruível singularmente, individualmente, pelo administrado. Destaca ainda que é o elemento formal, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, que confere caráter jurídico à noção de serviço público, enumerando os “princípios que inexoravelmente terão de comparecer quando se esteja perante uma atividade qualificável como serviço público”: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação (*Curso de direito administrativo*, pp. 702, 706-707). Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello “restringe demais com a expressão utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados”, pois “existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis diretamente pela coletividade. Assim é o caso dos serviços administrativos do Estado prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços públicos. Tratado de direito administrativo*, p. 299).

sistema normativo. Desde logo, como decorrência, estão excluídas as atividades legislativa e jurisdicional; por outro lado, convém distinguir o serviço público das demais atividades administrativas de natureza pública.

Ademais, diante da dificuldade em se formular o conceito de serviço público utilizando-se de um único critério – o que se baseia na presença do Estado, o que leva em conta a atividade desempenhada e o que fixa sua atenção no regime jurídico especial –, os doutrinadores, em sua maioria, consideram imperiosa a união de dois ou três dos elementos enunciados para fazer emergir uma satisfatória noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente.

Paulo Modesto afirma:

“O conceito de ‘serviço público’ atualmente pressupõe a conjugação de diversos elementos de caracterização: exige a determinação de um específico regime jurídico e a demarcação de um campo material onde este regime encontre aplicação. Por isso, é um conceito objetivo, mas também formal e material”.⁸⁰

Vários dispositivos constitucionais demonstram o préstimo jurídico da noção. Assim: estatui a Carta da República que o serviço público é de incumbência do Poder Público (art. 175); existe um vínculo orgânico com o Estado, pois este é o titular do serviço, muito embora sua gestão possa ser transferida a particulares; a distinção constitucional entre modalidades operacionais da atividade humana: serviço público e atividade econômica; possibilidade de reserva de mercado: a impossibilidade de a iniciativa privada prestá-los por direito próprio, sendo admitida apenas como delegatária do poder público, com a exceção dos serviços públicos sociais, não exclusivos do Estado (especialmente nas áreas da saúde e educação) em razão de expressa referência constitucional; elenca determinados serviços como de sua alçada, deixando espaço – embora reduzido – para a definição de um serviço como público pelo legislador ordinário; traça-lhes princípios vetores relacionados com os fins do Estado e com os princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana (art.1º, inc. III, CF/88), igualdade (art. 5º, *caput*), bem como, com os objetivos fundamentais da República

⁸⁰ MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. *Parcerias público-privadas*, p. 447.

Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da CF/88, bem como regras especiais, tais como: dever de os prestadores manterem serviço adequado (artigo 175, parágrafo único, IV); responsabilidade regida por norma pública (art. 37, § 6º); regulamentação da greve na Administração Pública por lei específica; fixação dos direitos e participação democrática dos usuários; sujeição ao regime de direito público dos bens afetados à realização do serviço público (proibição de execução forçada desses bens, considerando que a mudança de destino do bem pode paralisar a prestação do serviço); execução direta pelo Estado em caso de resgate ou encampação de serviços concedidos e reversão dos bens afetados à prestação dos serviços; dever de assunção direta da continuidade dos serviços pela Administração, no caso de falência ou extinção da empresa concessionária; sujeição à atividade regulatória do Estado escolha do modo de realização da atividade; destinação ao atendimento de necessidades da coletividade; o poder para cobrar taxas ou tarifas pela prestação do serviço; a proibição de execução forçada dos bens afetados a um serviço público pois a mudança de destino do bem pode paralisar a prestação do serviço; o poder de desapropriar; equiparação do pessoal que presta serviço público ao servidor público para fins criminais e para fins de improbidade administrativa; privilégios da gestão dos serviços públicos; uso de verba pública para sua manutenção; uso de patrimônio público; imposição do dever de utilização do serviço; imunidade tributária reconhecida quando o serviço é explorado sob a forma de privilégio ou exclusividade (caso da ECT).

A amostra é bem expressiva de que a Constituição brasileira acolhe a categoria de serviço público, e de que inspira a atuação do Poder Público também na ideia de prestação de um sistema de serviços. Diante da diversificação e sofisticação dos serviços, a Constituição não trata, porém, todos os serviços de maneira uniforme e, cada um, pelas suas peculiaridades, é objeto de um universo jurídico com especialidades muito próprias. Os objetivos visados são diferentes; a competência para a prestação, bem como as formas de organização e de gestão são distintas; a natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários de serviços públicos prestados *uti singuli* varia; a aplicação dos princípios de direito público especialmente reportados aos serviços com diferente intensidade; a submissão, em graus variáveis, a um regime de direito público e, em algumas situações, ao direito privado. Não há, enfim, um tratamento jurídico uniforme em relação a todos eles. Existem regras constitucionais específicas acerca de questões peculiares.

Seria, pois, inexato sustentar que a noção de serviço público não tem utilidade jurídica no direito administrativo pátrio. O fato de a ele referir-se a Constituição, para atribuir determinadas consequências jurídicas, prova por si mesmo o contrário.

Forçoso é reconhecer que o Estado brasileiro não escapou às novas tendências e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões.⁸¹ Várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado, com o retorno da concessão para a empresa privada. O regime de exploração dos serviços públicos sofre “sucessivos choques de alta tensão”,⁸² admitindo-se a fragmentação de atividades e exploração em regime privado, através das autorizações (e não apenas em regime público, através das concessões e permissões) e introduzindo-se a gradativa competição entre prestadores, suscitando a aplicação do “direito da concorrência” e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.

Por influência do direito alienígena, precipuamente do direito norte-americano, a partir da segunda metade da década de noventa são criadas as agências setoriais de regulação, dotadas de autonomia e especialização, com a natureza jurídica de autarquias com regime especial, vinculadas a uma particular concepção político-ideológica, que visa impedir influências políticas sobre a regulação e disciplina de certas atividades administrativas. Essas figuras envolvem o exercício de um amplo poder normativo (o poder de ditar normas, com a mesma força de lei e com base em parâmetros, conceitos indeterminados, padrões abstratos e genéricos – *standards* nela contidos), outorgado pelos diversos diplomas legais que as têm instituído, cumulado com o fiscalizatório, o sancionatório, o de dirimir conflitos de interesses entre agentes econômicos regulados, entre tais agentes e a própria agência, ou mesmo entre tais agentes e usuários etc.; e desenvolvem uma tripla regulação: a ‘regulação dos monopólios’, visando atenuar o efeito das forças de mercado, através de controles de preços e da qualidade do serviço; a ‘regulação para a competição’, a fim de criar condições para existência e manutenção da concorrência e a ‘regulação social’, objetivando a universalização dos serviços, que agora obedece a uma certa tendência à eliminação dos subsídios cruzados. Por fim, a

⁸¹ No âmbito brasileiro há três transformações estruturais: 1) extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro; 2) flexibilização dos monopólios estatais; 3) privatização (Lei 8.031/90, depois substituída pela Lei 9.491/97).

⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na era do direito global. Direito global*, p. 161.

circunstância de agirem sem subordinação ao Executivo (daí a autonomia). Com isso, busca-se assegurar uma regulação imparcial, decisões mais técnicas, dotadas de maior proteção contra as ingerências meramente políticas, que poderiam prejudicar o funcionamento ideal de um modelo competitivo.

A tudo isso deve ser acrescida a aproximação dos modelos econômicos de exploração dos serviços públicos aos das atividades econômicas do que resulta a aproximação dos respectivos modelos jurídicos.⁸³ Isto ocorre, de um lado, pela exploração em regime privado (autorizações) e pela introdução da competição no âmbito dos serviços públicos. De outro lado, tem sido prevista a regulação oficial de preços de serviços próprios da iniciativa privada, com finalidades sociais, ou em circunstâncias conjunturais.⁸⁴ A legalidade, no primeiro caso, foi reconhecida pelos nossos Tribunais,

⁸³ SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras. *Direito administrativo econômico*, pp. 32-33.

⁸⁴ Em nosso país, o crescimento da atividade interventiva do Estado foi significativo nos vários planos econômicos elaborados pelos sucessivos Presidentes da República, a partir de 1986. Todos eles trataram da regulação de preços, instituindo mecanismos como o congelamento, o tabelamento, a deflação etc. A partir da edição da nova Constituição, em 1988, instaurou-se intenso debate doutrinário sobre a constitucionalidade dessas normas, que estariam em choque com os princípios gerais da atividade econômica (a respeito dessa polêmica, ver a resenha e análise de argumentos feitas por Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, p. 177 e ss.). Entretanto, os argumentos no sentido da inconstitucionalidade da regulação de preços por violação dos princípios da ordem econômica não foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, que se limitou a exigir o respeito, pelas normas de regulação, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, em virtude do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Como exemplo, o Supremo Tribunal Federal apreciou a questão dos preços escolares no julgamento da ADI 319-4-DF, na qual se impugnava a constitucionalidade da Lei 8.039, de 1990, que atrelava o reajustamento das mensalidades escolares ao percentual de correção mensal dos salários. A ação impugnava a referida norma, alegando, entre outras coisas, a ocorrência de violação do princípio da liberdade de iniciativa econômica, consagrado na Lei Fundamental. O Supremo Tribunal Federal, embora reconhecendo o caráter de serviço privado do ensino prestado por particulares, porém, rejeitou a arguição, entendendo que o princípio em tela era relativo e deveria ser ponderado com outros existentes no ordenamento constitucional, tais como o da defesa do consumidor e da justiça social, que poderiam ser atingidos no caso de aumentos abusivos de mensalidades escolares. Consta da ementa do acórdão: “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. Não é, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares” (STF – Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 04.12.92, DJ 10.12.92, retif. em 03.03.93, DJ 30.04.93 – RTJ 149/666; STF – AGRAG 155.772-SP, T. 2, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., j. 30.11.93, DJ 27.05.94).

Todavia, no RE 422.941-DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 06.12.2005, concluiu que a intervenção do Estado no domínio econômico sobre a atuação das empresas está limitada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. Com base nesse entendimento, o STF deu ganho de causa a uma companhia do setor sucroalcooleiro que pede indenização contra a União Federal por prejuízos decorrentes de planos econômicos dos anos 80, que fixaram preços no setor abaixo dos valores apurados e propostos pelo Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA).

com base numa ponderação entre o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames justiça social. No segundo caso, considerou-se não haver violação dos princípios da ordem econômica e limitou-se a exigir o respeito pelas normas de regulação, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

“Por um lado, é cada vez menos possível ao particular impor à atividade privada uma abordagem absolutamente individualística. O próprio regime de Direito do Consumidor acabou por introduzir para o âmbito das relações econômicas alguns princípios característicos do regime publicístico (por exemplo, a responsabilidade objetiva ou a presunção de culpa). Ampliam-se os limites da atividade privada, mas com a matização dos regimes jurídicos privados. Desse modo, a vinculação do bem à satisfação de interesses coletivos propicia ampliação da intervenção estatal (...).

Sob outro ângulo, há uma sensível redução dos campos atinentes a serviços públicos, cujo conceito passa a privilegiar as atividades sociais. A atuação do Estado no plano industrial e comercial é reduzida de modo muito sensível”.⁸⁵

Sob outro ângulo, há uma sensível redução dos campos atinentes a serviços públicos, cujo conceito passa a privilegiar as atividades sociais. A atuação do Estado no plano industrial e comercial é reduzida de modo muito sensível”.⁸⁶

Afirma Eros Roberto Grau que a significação da expressão “serviço público”, não pode ser determinada mediante o recurso a um conceito de serviço público. Partindo das observações de Sartre e, ressaltando que o conceito é atemporal e que, quando introduzida a temporalidade, está-se diante de uma noção, e define noção jurídica como “ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”⁸⁷ e o Autor adota como noção de

A decisão é importante, pois forma a posição do STF no sentido de limitar a ação do Estado sobre a economia, consagrando os princípios da subsidiariedade (que só permite a intervenção onde imprescindível para o cumprimento dos princípios constitucionais) e da proporcionalidade (que veda restrições à liberdade de iniciativa que comprometam a economia de mercado ou que sejam inúteis ou exageradas). Portanto, a opção do governo de interferir nas relações econômicas nem é ilimitada nem pode ser inconsequente. Registre-se que em 06.04.2006 foi interposto embargo de declaração no RE 422.941. O mesmo não teve ainda decisão final.

⁸⁵ JUSTEN FILHO Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Direito do Estado. Novos rumos*, pp. 118-119.

⁸⁶ *Idem*, pp. 118-119.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 129-130.

serviço público: “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)”.⁸⁸

Do outro lado do espectro, a concepção mais negativista sobre a situação atual e o futuro dos serviços públicos é, certamente, a que vem sendo defendida por Gaspar Ariño Ortiz ao afirmar que a reforma tem como preço a morte dos serviços públicos. Em seus diferentes estudos sobre esta matéria sustenta que seu ciclo terminou, cumpriu sua missão, que há que fazer-lhe um digno enterro ao haverem se modificado substancialmente os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais, sobre os quais esta instituição alcançou um grau espetacular de desenvolvimento; que é inútil empenhar-se em embalsamá-lo, como pretendem os franceses, como se dessa forma fosse possível mantê-lo vivo.⁸⁹

Assinala que “a consequência de tudo isto é que o velho conceito de serviço público – monopólico, igualitário, de mínimos, uniforme – já não vem satisfazer as necessidades e preferências da população a que diz servir”, e que se deve “abrir caminho a novas realidades, mais competitivas, diferenciadas, inovadoras que são as que a nova realidade social demanda; hoje há que desideologizar a política econômica, tem que melhorar os serviços e as prestações. E tudo isso sem perder o já conseguido, que é, basicamente, a existência de um serviço universal a todos os cidadãos em seus níveis básicos. Isto exige um novo conceito de serviço público e um novo modelo de regulação econômica”.⁹⁰ Em igual direção se encontra J.M. de la Cuétara Martínez.⁹¹⁻⁹²

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp. 131-132.

⁸⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La regulación económica*, p. 57; Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*, pp. 22-23; *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, p. 550.

⁹⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*, pp. 23-24.

⁹¹ CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. de la. Tres postulados para el nuevo servicio público. *El nuevo servicio público*, p. 112.

⁹² Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que os conceitos clássicos “estão sendo rapidamente ultrapassados, já que não é mais necessário, tanto em sede positiva quanto em doutrinária, que a própria Administração ou quem dela seja delegado atuem como prestadores de um determinado serviço à coletividade, bem como de que essa atividade se submeta a um estrito regime de direito administrativo para que o serviço possa ser considerado público. (...)”

Após sublinhar a superação do conceito clássico de serviço público, partindo dos tradicionais critérios referenciais: o “quem” – critério subjetivo, em que é proposta a substituição da Administração pelo próprio Estado, o “quê” – critério objetivo material, referido às atividades que tenham por fim a satisfação de necessidades da sociedade, sejam singular sejam coletivamente assim por lei consideradas, e o “como”, o critério objetivo formal, indicativo da existência de um certo regime jurídico próprio aplicável, embora não mais necessariamente de direito público, Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe um conceito transicional e provisório sobre serviços públicos, como sendo as “atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”.⁹³

Por sua vez, Carlos Ari Sundfeld sustenta, na atualidade, a mudança total de enfoque: deve-se deixar de lado a discussão sobre o caráter público ou privado de um determinado serviço para se buscar identificar como ele é regulado pelo Estado nos mais diversos aspectos.⁹⁴

Por detrás desse entendimento, como anota Vera Monteiro, está a visão segundo a qual a concepção de serviço público engloba “(...) atividades relevantes e de interesse público, independentemente do regime por meio do qual ele é prestado”. Com isso

Com efeito, tornou-se necessário enfrentar uma bateria de recentes questionamentos que estão atingindo, em extensão e profundidade, o conceito de serviços públicos: como se configura a gestão estatal? Como se caracterizam os serviços públicos independentes do aparelho da Administração Pública? Que tipo de gestão se compatibiliza com as diferentes modalidades de serviços públicos? Quais as modalidades de transferência de gestão de serviços públicos admissíveis? Quais os limites de transferibilidade da gestão de serviços públicos? Quais os instrumentos de controle dos serviços transferidos? etc.

Por tudo isso, reconhecendo os administrativistas, neste fim de século, a asperidade do caminho que têm pela frente, é preciso garimpar um conceito para a transição, e, por isso, para não ampliar o descompasso com os atualmente vigentes, deve-se partir preferivelmente dos tradicionais critérios referenciais: o quem, o quê e o como.

O ‘quem’, o critério subjetivo, em que se proporia a substituição da Administração pelo próprio Estado; o ‘quê’, o critério objetivo material, que passaria a referir-se às atividades que tenham por fim a satisfação de necessidades da sociedade, sejam singular sejam coletivamente assim por lei consideradas, e o ‘como’, o critério objetivo formal, que indicaria a existência de um certo regime jurídico próprio aplicável, embora não mais necessariamente de direito público.

Serviços públicos seriam, nesse conceito proposto como transicional e provisório, as atividades pelas quais o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação de interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a elas aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, pp. 125-126).

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade. *Mutações do direito administrativo*, pp.125-126.

⁹⁴ Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras. *Direito administrativo econômico*, pp. 32-33.

poderiam ser considerados ‘serviços públicos’ mesmo os serviços prestados em regime privado que não se sujeitassem às obrigações típicas do regime público.⁹⁵

Essa possibilidade de adoção de soluções híbridas, de modulação de regimes aplicáveis acaba inclusive por colocar em xeque a validade de uma apartação estanque entre serviços públicos e atividades econômicas.

Como anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

“(…) no Brasil não existe a mesma justificativa do direito comunitário para adotar-se a conclusão de que o conceito de serviço público entrou em crise, tendendo a desaparecer, já que o país não está vinculado a qualquer tratado que estipule medidas semelhantes às impostas à União Europeia, [...]. Sem alterar a Constituição é muito difícil adotar a mesma orientação imposta pelo Tratado de Roma, tal como interpretado pela Comissão Europeia e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. (...)”

Mas esses avanços não permitem falar ainda em crise na noção de serviço público no direito brasileiro. (...)”

Por esse motivo, não há razão, por ora, para alterar o conceito de serviço público (...), nem os elementos da definição (subjeto, material e formal (...)).⁹⁶

O que tem ocorrido é uma parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, que, ao nosso ver, passaram a ser atividades privadas regulamentadas. Leis que privatizaram atividades previstas nos incisos XI e XII do art.21 da Constituição, revogando leis que as qualificavam como serviços públicos para transformá-las em atividades privadas regulamentadas, já foram chanceladas pelo STF, a exemplo do que ocorreu com a classificação dos serviços de telecomunicações através de variados índices de publicização (de serviços públicos a atividades privadas regulamentadas), realizada pela Lei Geral de Telecomunicações (arts. 18, I, c/c arts.62 a 64, Lei 9.472/97), considerada constitucional no julgamento da liminar requerida na ADIN 1.668.⁹⁷

⁹⁵ MONTEIRO, Vera. *Concessão*, p. 86. É a posição de CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de direito de informática e telecomunicações*, v. 2, p. 58; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito das telecomunicações e ANATEL. Direito administrativo econômico*, p. 315.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Serviços públicos. Tratado de direito administrativo*, pp. 307-308.

⁹⁷ Nessa linha: ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, pp. 219-220.

Razão alguma, porém, assiste aos adeptos da colocação negativista, porque, se, por um lado, atribuir à noção de serviço público importância total, absoluta, como querem alguns, é colocação passível de crítica, não menos isenta de reparos é a atitude que procura afastá-la do mundo científico.

A noção de serviço público não é construção sistemática de caráter meramente acadêmico, mas tem repercussão no ordenamento jurídico positivo.

1.5. A jurisprudência do STF e o conceito de serviço público

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

A jurisprudência do STF não possui um tratamento sistêmico para o instituto, havendo apenas, ao longo de alguns votos, referências esparsas ao conceito que variam conforme a situação concreta analisada.

É comum a menção “aos serviços públicos como sendo apenas aqueles reservados ao Estado, o que é natural, uma vez que até mesmo a doutrina na qual se pressupõe a preocupação sistematizadora, muitas vezes se refere apenas a essa espécie de serviço público, ainda que não a considere a única, por ser a mais peculiar”.⁹⁸

A propósito, debates têm sido travados no Supremo em uma série de julgados envolvendo a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos- ECT em relação à natureza da atividade por ela exercida como serviço público ou como atividade econômica, do que decorreria, segundo o Supremo, a caracterização dessa entidade como “Fazenda Pública” ou como empresa privada, respectivamente.⁹⁹

A Constituição limitou-se a atribuir competência à União para manter o serviço postal (art. 21, X) e para privativamente legislar sobre o mesmo (art. 22, V).

⁹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, pp. 143-144.

⁹⁹ Deve-se mencionar que corrente minoritária concorda com essas recentes decisões do Supremo, equiparando essas entidades privadas da Administração Indireta à Fazenda Pública quando a sua atividade for serviço público. Ver, nesse sentido, BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, v. 197, pp. 10-21; MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*, p. 269.

A posição do Supremo tem sido a de considerá-la serviço público na maioria dos casos em decorrência da leitura literal do verbo “manter” da Constituição. Nessa linha, foi o voto do Ministro Nelson Jobim, representante da corrente majoritária (alinhada à tese conduzida pelo Ministro Maurício Corrêa), no julgamento conjunto de 16 de novembro de 2000 (RE 220.906-9/DF; RE 225.011-0/MG; RE 229.696-7/PE; RE 230.072-3/RS e RE 230.051-6/SP), que defendeu que o serviço postal é por definição constitucional um serviço público. Segundo o ministro, trata-se de serviço que integra os fins do Estado e que “É, por isso e por opção positivada na norma constitucional, um serviço público”.¹⁰⁰

A partir do julgamento desses casos, o STF firmou entendimento segundo o qual o Decreto-Lei 509/69 (que estendeu à ECT privilégios conferidos à Fazenda Pública, dentre eles a impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços) foi recepcionado, aplicando-se à ECT o reconhecimento de seus bens como públicos e consequente impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços e observância ao regime de precatório, por ser empresa pública prestadora de serviço público, consoante previsto na Constituição.

De modo semelhante, no julgamento do RE 407.099-5/RS, que serviu de precedente para o STF fixar entendimento segundo o qual a ECT goza de imunidade tributária, no voto condutor do Ministro Carlos Velloso, foi destacado que o serviço postal é “... serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado: CF, art. 21, X”.¹⁰¹ Exatamente no mesmo sentido foi o posicionamento do Ministro Eros Grau no julgamento da Ação Cível Originária 765-1/RJ, de acordo com o qual “... a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é uma empresa prestadora de serviço público. Está previsto no art. 21 da Constituição”.¹⁰²

No julgamento do Ag. Reg. no RE 328.843-1/MG, os Ministros Marco Aurélio (voto vencido) e Eros Grau discordaram a respeito da natureza jurídica do serviço postal. Para o primeiro, a redação constitucional apenas revela que a União manterá o serviço.

¹⁰⁰ RE 220.906-9/DF, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 16.1.2000, m.v. DJ 14.11.2002; RE 225.011-0/MG, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.11.2000, DJ 19.12.2002; RE 229.696-7/PE, T1, rel. Ilmar Galvão, j.16.11.2000, DJ 19.12.2002; RE 230.072-3/RS, T1, rel. Ilmar Galvão, j.16.11.2000, DJ 19.12.2002 e RE 230.051-6/SP, T1, rel. Ilmar Galvão, j.16.11.2000, DJ 19.12.2002.

¹⁰¹ RE 407.099-5/RS, T.2, rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. 22.06.2004, DJ 06.08.2004.

¹⁰² ACO 765-1/RJ, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para acórdão Menezes Direito, j. 13.05.2009.

Para o segundo, ao revés, a ECT presta atividade exclusivamente pública porque a própria Constituição assim diz.¹⁰³

Importa frisar que o assunto voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal na ADPF-46 (rel. Min. Marco Aurélio), em que se questionou a recepção, ou não, pela Constituição Federal dos artigos da Lei 6.538/78, que disciplinaram o regime da prestação de serviço postal como monopólio da União.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, vencidos o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava procedente, e os Senhores Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Ricardo Lewandowski e Celso de Mello, que a julgavam parcialmente procedente. O Tribunal, ainda, deu interpretação conforme ao artigo 42 da Lei 6.538/78 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º do referido diploma legal.

Em seu voto o Ministro Marco Aurélio afirmou que “[...] a noção de serviço público não está ligada a questões ontológicas, nem mesmo funciona como corolário da natureza das coisas. Nenhuma atividade é, em si mesma, um serviço público. Tudo depende da maior ou menor intervenção que o Estado deseje realizar na atividade econômica”. Por sua vez, o Ministro Eros Grau esclareceu que privilégio na prestação de serviço público não se confunde com monopólio econômico. A prestação do serviço público por empresa privada apenas seria possível se existisse previsão constitucional similar àquela existente no tocante aos arts. 199 (saúde) e 209 (ensino). Promoção de existência digna é um dever do Estado.

Em 05.03.2010, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição opôs embargos de declaração ao acórdão da ADPF 46, que, embora tenha reconhecido que as encomendas não estão incluídas no privilégio postal, não esclareceu o que deve ser compreendido por encomenda. No entanto, em 24.08.2011, a Embargante postulou a desistência do recurso, que foi homologada pelo STF em 29.08.2011.¹⁰⁴

¹⁰³ RE 328.843-AgR/MG, T1, rel. Min. Carlos Britto, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 24.05.2005, DJ 03.03.2006, p.71. p. 320. A discussão referida entre os Ministros consta das páginas 319-322.

¹⁰⁴ Vale anotar que “(...) em relação ao [*sic*] boletos de impostos locais, no caso de entrega de carnês de IPTU e ISS pelos municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, o STJ entende que não há violação do privilégio da União na manutenção do serviço público postal, uma vez que a notificação, por fazer parte do processo de constituição do crédito tributário, é ato próprio do sujeito ativo da obrigação, que pode ou não delegar tal ato ao serviço público postal” (AgRg no AI em REsp 228.049/MG, 2. T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.03.2013, DJe 01.04.2013).

As mesmas questões suscitadas pela ECT foram alvo de discussão nos Tribunais envolvendo a Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô de São Paulo),¹⁰⁵ a Infraero,¹⁰⁶ a Companhia Docas do Estado de São Paulo-CODESP,¹⁰⁷ a Cetesb,¹⁰⁸ a Casa da Moeda¹⁰⁹ dentre outras estatais.¹¹⁰ No entanto, o STF reconheceu que não incide o regime de direito público quando a empresa estatal explorar atividade econômica ou for orientada à distribuição de lucros aos acionistas.¹¹¹

Por outro lado, questionamentos foram levantados para as estatais que se dediquem cumulativamente à exploração de atividade econômica e à prestação de serviço público, tendo em conta que tal prática tornou-se comum, como se passa, por exemplo, com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT¹¹² e com a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeronáutica (Infraero). Segundo Marçal Justen Filho: “O futuro poderá trazer a constatação de que a distinção entre entidades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas retratou a situação jurídica existente em certo momento histórico. A evolução dos fatos pode conduzir à superação dessa classificação, com o surgimento de situações híbridas, dotadas de maior complexidade. Essas situações demandarão do estudioso a elaboração de novos instrumentos de análise, classificação e solução de problemas”.¹¹³

No Recurso Extraordinário 220.999-7/PE,¹¹⁴ demonstrando uma abertura à concepção material ou objetiva de serviço público como sendo a atividade que atende ao

“1. A entrega de carnês de IPTU pelos municípios, sem a intermediação de terceiros, no seu âmbito territorial, não viola o privilégio da União na manutenção do serviço público postal” (REsp 1.141.300/MG/1. Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 25.08.2010, DJ 05.10.2010).

¹⁰⁵ AC 669 MC/SP, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 6.10.2005, m.v. DJ 26.05.2006.

¹⁰⁶ Nesse sentido, conferir o AgR – RE 363.412/BA, T2, rel. Min. rel. Celso de Mello, j. 07-08-2007, DJ 19.09.2008.

¹⁰⁷ RE 253472/SP, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, rel. p/ Acórdão: Min. Joaquim Barbosa, j. 25.08.2010, DJ 01.02.2011.

¹⁰⁸ AgR - RE 631.309/SP, T2, rel. Min. Ayres Britto, j. 27.03.2012, DJ. 26.04.2012.

¹⁰⁹ STF RE 610.517/RJ, T2, rel. Min. Celso de Mello, j. 03.06.2014, DJ 23.06.2014.

¹¹⁰ STF RE 399.307 AgR / MG -, T.2, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 16.03.2010, DJ 30.04.2010.

¹¹¹ RE 599.628/DF, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Joaquim Barbosa, j. 25.05.2011, DJe 17.10.2011.

¹¹² RE 627051 RG / PE – Repercussão geral no recurso extraordinário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 26.05.2011, DJ 16.06.2011.

¹¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 304.

¹¹⁴ STF, RE 220.999 – 7 – PE, T2, rel. Min. Marco Aurélio, m.v., j. 25-04-00, DJ 24.11.2000 - caso de uma empresa que pleiteava ressarcimento por cessação de lucros futuros e cessantes decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção de óleo de soja, após a suspensão da prestação de serviço de transporte fluvial pela sociedade de economia mista federal Companhia de Navegação do São Francisco – FRANAVE pelo governo federal, ocasionando a inviabilidade econômica do produto final da empresa, pelo custo

interesse público, o STF não considerou suficiente a inclusão do transporte aquaviário no rol das atividades da competência da União (art.21, XII, “d” CF) para qualificá-lo como serviço público, no caso concreto, por tratar-se de transporte efetuado por empresa estatal das mercadorias fabricadas por empresa privada. Para o Ministro Nelson Jobim, reportando-se a Cirne Lima,¹¹⁵ não haveria o necessário requisito de utilidade pública da atividade para que pudesse ser considerada como serviço público e, portanto, de prestação obrigatória pela União, que poderia, então, ter cessado a sua prestação.

No mesmo julgado o Ministro Nelson Jobim faz uma referência mais além, invoca o pensamento de Eros Grau no sentido de que o serviço público é uma “atividade indispensável à consecução de coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”. E acrescentou que “existenciais e indispensáveis à

excessivo do transporte por rodovia. A decisão de 1ª instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendia que a União tinha o dever de manter em funcionamento a sociedade, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal a respeito, nem obrigação de continuidade dos serviços entre a FRANAVE e a autora da ação e funda-se também num misto de responsabilização da União pela edição de atos legislativos referentes à possibilidade de cessão dos bens da FRANAVE para os Estados e Municípios, no processo de desestatização e responsabilização pela desativação da empresa, acusada como omissão da União. Entendeu o STF, seguindo o voto do Min. Nélson Jobim, não se caracterizar, na hipótese, serviço público. O acórdão restou assim redigido: “ (1) Preliminar: Processual. Erro na qualificação jurídica dos fatos. Afastamento da Súmula 279/STF. (2) Mérito: Constitucional. Ação de Indenização. Art. 37, § 6º, CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Não há como se extrair da Constituição a obrigação da União em oferecer transporte fluvial às empresas situadas à margem dos rios. A suspensão da atividade não se constitui em ofensa a dever ou direito. RE conhecido e provido”.

Ao analisar referido acórdão, entendeu também Eros Roberto Grau não caber a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público, pois, essa atividade, no caso, “reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende atividade econômica em sentido estrito. Pelo contrário, acaso houvesse, no caso, prestação de serviço público, então a sua prestação por uma empresa privada exigiria a obtenção de permissão ou concessão da União, nos termos do disposto no art. 175 da Constituição de 1988”. Conclui, afirmando que, se a empresa estatal federal “estivesse a prestar serviço público ao empreender a atividade de transporte aquaviário, estaria a fazê-lo para atender ao interesse social. Ao contrário, se estivesse então a empreender atividade econômica em sentido estrito, haveria de estar a fazê-lo para atender a relevante interesse coletivo” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp.128-129).

¹¹⁵ Cirne Lima conceitua serviço público como “todo o 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 por outra pessoa administrativa” (*Princípios de direito administrativo*, p. 82).

E diz mais Cirne Lima: “A condição de existencial, relativamente à sociedade pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma. No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial (...)”. (*Idem*, p. 85).

realização e ao desenvolvimento da interdependência social são os serviços públicos ditos essenciais”.

Na ADI 1.221-5-RJ,¹¹⁶ o Procurador-Geral da República propugna a inconstitucionalidade do inciso V do art. 13 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem como da Lei 2.007/92, do mesmo Estado, que preveem a gratuidade de sepultamento e as providências a ele necessárias pelo concessionário do serviço funerário local.

Alega que tais normas invadiriam competência municipal prevista no artigo 30, inciso V, da CF. Segundo o dispositivo, é de âmbito municipal a concessão de serviços públicos de interesse local, neles incluído o serviço funerário.

Segundo o entendimento firmado no STF, o ministro relator, Carlos Velloso, reafirmou que o serviço funerário é interesse local, podendo os municípios regulamentá-lo por lei própria, e citou o precedente do ministro aposentado Hermes Lima, no julgamento do Recurso Extraordinário 49.988.

Diante deste entendimento, o Tribunal, por unanimidade julgou a ADI procedente e declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos questionados.

Neste julgado, observa André Luiz Freire, “é interessante destacar que o STF concluiu, sem maiores considerações, que os serviços funerários são serviços municipais. A partir disso, seria possível concluir que o Supremo, nesta oportunidade, fez uso do conceito material de serviço público. Porém, ao utilizar o RE 49.988-SP - que claramente utilizou um critério formal para configurar o serviço funerário como serviço público, pois conferiu ao Município o dever de prever tal característica em lei -, é possível dizer que o STF apenas estabeleceu que, se previsto em lei *municipal*, os serviços funerários seriam públicos. Isto é: determinou que o Estado não pode transformar o serviço funerário em serviço público, por não se tratar de matéria de interesse regional. Porém, o Município estará autorizado a fazê-lo, desde que mediante lei”.¹¹⁷

Na ADI 2.649-6-DF,¹¹⁸ contra a Lei 8.899/94, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual/ABRATI sustenta que o

¹¹⁶ ADI 1.221-5-RJ, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 09.10.2013, DJU 31.10.2003.

¹¹⁷ FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, pp. 228-229.

¹¹⁸ ADI 2.649-6-DF, Pleno, rel. Min. Carmen Lúcia, j. 08.05.2008, DJe 17.10.2008.

benefício conferido aos portadores de deficiência caracterizaria uma “ação de assistência social”, pelo que a lei impugnada representaria “investida confiscatória” no domínio privado, a contrariar os artigos 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República.

Nesse julgado, a Ministra relatora, discorrendo sobre “serviço público, ordem econômica e o modelo definido para o atingimento dos fins afirmados no sistema”, observa que “a Constituição fixa que a titularidade do serviço público é do Poder Público” e “o transporte coletivo é serviço público”. Acrescenta que “mais que o interesse particular é o interesse público que marca o regime jurídico a nortear a forma de prestação dos serviços públicos, pois então se tem o Estado atuando, diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão”.

Em seu voto reconhece ainda que, para os empresários, concessionários e permissionários de serviço público, a livre iniciativa presta-se à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza, não sendo o regime de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade.

Ademais, reputou improcedente o argumento de que a norma questionada teria instituído uma “ação de assistência social”, com inobservância ao art. 195, § 5º, da CF, que se refere a benefícios com ônus direto a ser suportado pelos cofres públicos. No caso, o passe livre não constituiria benefício ou serviço da seguridade social.

Frente a esses argumentos a Lei Federal 8.899/94 foi declarada constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2649.

No dizer de André Luiz Freire, “da ADI 2.649 interessa destacar o seguinte: (i) há a clara afirmativa de que os serviços públicos seriam os de titularidade do Estado (o que afastaria concepções de que haveria serviços públicos de titularidade privada); (ii) o regime de serviço público decorre da necessidade da sociedade, o que leva a entender que foi utilizado um conceito material de serviço público; e (iii) o princípio da livre iniciativa não é aplicável aos serviços públicos, mas apenas em relação à autonomia das pessoas privadas de constituírem empresas voltadas à prestação de serviço público”.¹¹⁹

¹¹⁹ FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*, p. 233.

No RE 172.816/RJ,¹²⁰ privilegiando o critério orgânico ou subjetivo de conceituação do serviço público, o STF decidiu: “Competindo a União, e só a ela, explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres, art. 21, XII, f, da CF, está caracterizada a natureza pública do serviço de docas”. Nesse acórdão, o Supremo, ao decidir pela não expropriabilidade por Estado-membro de bem afeto a serviço público federal prestado por sociedade de economia mista, decidiu pela inaplicabilidade do artigo 173, § 1º, CF, em acórdão assim ementado:

“(…) A norma do art. 173, par. 1.º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade. O dispositivo constitucional não alcança, com maior razão, sociedade de economia mista federal que explora serviço público, reservado à União”.

Observe-se que a ementa distingue claramente as figuras (1) da atividade econômica explorada pela União sem monopólio, em concorrência com iniciativa privada, (2) a atividade econômica explorada pela União com monopólio e (3) os serviços públicos explorados pela União.

Mas, a decisão que me parece mais emblemática é aquela que foi julgada em 05 de agosto de 2004 (ADI 2.847-2/DF, rel. Min. Carlos Velloso) a propósito de competência para legislar e dispor sobre loterias. A quase totalidade dos Ministros do STF reconheceu a qualidade de serviço público para as loterias por ter sido assim caracterizada legislativamente. O Ministro Eros Grau, citando Caio Tácito, Geraldo Ataliba e Luís Roberto Barroso, foi o único que enfrentou um dado fundamental para justificar a caracterização da exploração de loteria como serviço público: ela é serviço público porque propiciará recursos que permitirão o atendimento de determinadas necessidades sociais, isto é, por meio do produto arrecadado através da atividade de loteria se realizam fins de coesão social e, portanto, o produto da arrecadação qualifica a atividade.

O Ministro Carlos Britto foi o único que afirmou claramente que não se tratava de serviço público, mas de uma atividade econômica monopolizada, muito embora a opinião doutrinária de alguns juristas tenha se manifestado em sentido oposto, fundando-

¹²⁰ RE 172.816/RJ Pleno, rel. Min. Paulo Brossard, j. 09.02.1994, DJ 13.05.1994.

se em legislação que foi veiculada em um momento anterior, em que se afirmava que loteria é um serviço público.

Esclarece Eros Grau que, se aceitarmos a ideia de monopólio de atividade econômica em sentido estrito, esse serviço objeto do monopólio deveria se sujeitar às regras da concorrência, ao CADE. Insiste que a concepção de serviço público deve ser construída em torno de atividade que se preste a dar satisfação a necessidades de cujo suprimento depende a coesão social.¹²¹

No que tange aos serviços públicos sociais, não exclusivos do Estado, nas Adins 1007 e 1266¹²² foi decidido que os serviços de educação, sejam os prestados pelo Estado, sejam os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização, seguindo, aliás, a linha do pensamento de Eros Roberto Grau, que considera esses serviços, assim como os de saúde, sempre serviços públicos.¹²³

2. CONCLUSÕES

1. Embora se reconheça que, modernamente, a noção de serviço público já não tem a função ímpar, que outrora lhe coube, não se deve radicalizar a crítica a ponto de retirar todo préstimo à noção jurídica de serviço público, na qual o Estado de bem-estar viu um instrumento capital para seu próprio desenvolvimento e consagração, em especial nos Estados pobres, onde permitiu melhorar a situação de todos.

2. O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora não haja uma conceituação na Constituição de 1988, vários referenciais da Lei Fundamental de 1988 demonstram o préstimo jurídico da noção e os princípios fundamentais que lhes conferem prerrogativas e restrições especiais em relação aos particulares.

¹²¹ ADI 2847, Plenário, rel. Min. Carlos Velloso, j. 5.8.2004, DJ 26.11.2004.

No mesmo sentido: STF, ADI 3895 / SP, Pleno, rel. Min. Menezes Direito, j. 04.06.2008, DJe 29.08.2008; STF, ADI 3277 / PB -, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 02.04.2007, DJe 25.05.2007; STF, ADI 3147 / PI, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 10-08-2006, DJ 22.9.2006, STF ADI 2996 / SC, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.08.2006, DJ 29.09.2006,; STJ RMS 20385 / PR, T2, rel. Min. Castro Meira, j. 09.02.2010, DJ 24.02.2010; STJ - RMS 17929 / PR, T1, rel. Min. Denise Arruda, j. 28.08.07, DJ 04.10.07.

¹²² STF, Adin 1.007, Plenário, rel. Min. Eros Grau, j. 31.08.2005, m.v., DJ 24.02.2006. STF Adin 1266 / BA, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 06.04.2005, DJ 02.09.2005.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, pp.120-121.

Seria, pois, inexato sustentar que a noção de serviço público não tem utilidade jurídica no direito administrativo pátrio. O fato de a ele referir-se a Constituição, para atribuir determinadas consequências jurídicas, prova por si mesmo o contrário.

3. Cumpre dizer, porém, que o serviço público, como toda instituição jurídica, sofre as transformações impostas pelo momento histórico em que se desenvolve e, para sobreviver, precisa adaptar-se a elas. E, é indubitável que a concepção tradicional dessa noção foi atingida, e o regime de alguns serviços públicos passou a assumir uma nova compostura diante das inovações trazidas com a reforma do Estado, em especial diante da compatibilidade ou não das políticas que levam à fragilização na prestação do serviço público pelo Estado com o texto constitucional brasileiro.

4. A prestação dos serviços públicos subsiste como um dos importantes modos de atuação administrativa e se reveste de grande importância, sobretudo porque impõe ao Poder Público uma exigência de atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição.

5. A parcial liberalização de serviços públicos no âmbito da legislação ordinária, que, ao nosso ver, passaram a ser atividades privadas regulamentadas, não justifica afirmar-se a morte do serviço público no Direito brasileiro.

6. Algumas inferências podem ser extraídas da jurisprudência do STF.

6.1A exposição dos julgados evidencia que se devem evitar absolutizações de assertivas esparsas de Ministros do STF, que devem ser contextualizadas no caso concreto e com as limitações que o Tribunal apresenta em razão da quantidade de processos e da diversidade de temas pertinentes a serviço público que lhe são submetidos.¹²⁴

6.2 Observamos a ausência de tratamento sistêmico no âmbito da própria jurisprudência do STF para algum instituto, e, mais ainda, para o serviço público, ou seja, não há preocupação do Tribunal, quando decide algum assunto, em teorizar, em sistematizar alguma figura de modo a adotar uma determinada teoria, uma determinada concepção.

6.3 Podemos reputar que a utilização de teses doutrinárias para solução de questão concreta é uma exceção na orientação do próprio STF, que está mais focado em verificar qual é o resultado que será obtido e não a teoria que será consagrada.

¹²⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*, p.145.

6.4 Na maior parte dos casos, o STF toma como pressuposto o conceito de serviço público; ele simplesmente diz: isso é serviço público, ou isso não é serviço público, mas ele não diz qual é o conceito de serviço público.

6.5 Nada impede que cada decisão, cada enfoque adotado, tome uma concepção de serviço público distinta da outra.

6.6 Na maior parte dos casos, a jurisprudência do Supremo, encampando as lições doutrinárias de Eros Roberto Grau, reconhece o papel do serviço público na delimitação da esfera pública e da esfera privada.

6.7 Embora não seja possível extrair-se da jurisprudência do STF um conceito de serviço público, nem tampouco uma uniformidade na definição de seu regime jurídico, pode-se verificar que os elementos essenciais (subjeto, 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.

6.8 O STF parece reconhecer que existe uma ampla margem de autonomia infraconstitucional para determinação desse núcleo material, para qualificar ou desqualificar algo como serviço público. A questão das loterias é paradigmática.

7. Vale ressaltar que a renovação da composição do STF vem propiciando uma espécie de ruptura na linha de continuidade da própria jurisprudência, produzindo uma renovação, que merece a nossa atenção permanente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

_____. *La regulación económica. Teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

_____. *Principios de derecho público económico (modelo de Estado, gestión pública, regulación económica)*. Colaboração de Juan Miguel de la Cuétara Martínez. Lúcia López de Castro García-Morato. Granada: Comares, 1999.

_____. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição de 1988. *Revista de direito administrativo*, v. 197. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. 2. ed. Paris: Sirey, 1935.

CÂMARA, Jacintho Arruda. As autorizações da Lei Geral de Telecomunicações e a teoria geral do direito administrativo. *Revista de direito de informática e telecomunicações*, v. 2. Belo Horizonte: Fórum, jul./dez., 2007.

CAMBIER, Cyr. *Droit administratif*. Bruxelas: Ferdinand Larquier, 1968.

CARBAJO, Joël. *Droit des services publics*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1997.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

_____. Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso. *La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia*. Gaspar Ariño Ortiz. Buenos Aires: Ábaco, 1996.

CELLI JUNIOR, Umberto; SANTANA, Cláudia Silva de. Telecomunicações no Brasil: balanço e perspectivas. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 134. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CORAIL, Jean-Louis de. *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*. Paris: LGDJ, 1954.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. Tres postulados para el nuevo servicio público. *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Forense, 2016.

_____. Serviços públicos. *Tratado de direito administrativo*. Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins (coords.). São Paulo: Saraiva, 2013. Volume 2.

DUGUIT, Léon. *Las transformaciones del derecho público*. Trad. com estudo preliminar de Adolfo Posada e Ramón Jaén. 2. ed. Madrid: Francisco Beltran, 1926.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris : Boccard, 1928. Tomo 2.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1992. Volume II.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: LGDJ, 1994.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12. ed. rev. Paris: Sirey, 1933.

_____. *Principes de droit public*. Paris: Sirey, 1910.

JÈZE, Gaston. La notion de travaux publics et de domaine public. *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, nº 38. Paris: LGDJ, 1921.

_____. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. por Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1948. Volume 1.

JUSTEN FILHO Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Direito do Estado. Novos rumos*. Paulo Modesto e Oscar Mendonça (coords.). São Paulo: Max Limonad, 2001. Tomo 2.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

LACHAUME, Jean-François; BOITEAU, Claudie; PAULIAT, Hélène. *Grands*

services publics. 2. ed. Paris: Armand Colin, 2000.

LIMA, Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 5. ed. Paris: Sirey, 1969.

MAIORANO, Jorge Luis. Algunas reflexiones acerca de la noción de servicio público. *Revista argentina de derecho administrativo*, nº 14, jul., 1976.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. *El buen funcionamiento de los servicios públicos: los principios de continuidad y de regularidad*. Madrid: Tecnos, 1990.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1960.

MEDAUAR, Odete, Serviço público. *Revista de direito administrativo*, v. 189, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 1992.

_____. Aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. *Concessão de serviço público*. Odete Medauar (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEILÁN GIL, José L. *La cláusula e progreso en los servicios públicos*. Madrid: IEA, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. *Parcerias público-privadas*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo, Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administrative*. 13.ed. Paris: LGDJ, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Mutações nos Serviços Públicos. Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior (org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Transferências de execução de atividades estatais a entes da sociedade. Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de direito administrativo*, nº 230. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez., 2002.

SOTO, Jean de. *Grands services publics et entreprises nationales*. Paris: Montchrestien, 1971.

SOUVIRÓN MORENILLA, José María. *La actividad de la administración y el servicio público*. Granada: Comares, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do direito global. *Direito global*. Carlos Ari Sundfeld; Oscar Vilhena Vieira (coords.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras. Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (coord.). São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica, 1951. Volume III.