

OS SERVIÇOS PÚBLICOS E AS ATIVIDADES ECONÔMICAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Julian Nogueira de Queiroz*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo traçar as diretrizes delineadoras da distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, bem como estabelecer as premissas básicas do regramento jurídico dispensado a cada uma dessas modalidades, nos moldes do regime jurídico traçado pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Serviço público. Atividades econômicas. Constituição Federal.

1 INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais peculiares do Direito Administrativo Econômico (e, quiçá, um dos menos esclarecidos) relaciona-se à moderna concepção de serviço público no cenário jurídico-constitucional atual. Talvez tal circunstância se evidencie pelo fato de a conceituação do referido instituto ter sido alvo de inúmeras alterações ao longo da histórica jurídica dos países que seguem a tradição romanística e, nesse aspecto, tantas mudanças têm a força de repercutir substancialmente no conteúdo jurídico do fenômeno que se analisa, tal como se percebe no tratamento diferenciado que a nossa atual Carta Constitucional lhe conferiu.

Com efeito, pode-se vislumbrar (como adiante será demonstrado) que o texto de 1988 outorga um regime diferenciado para o desempenho de atividades para as quais denominou *serviço público*, dando-lhes conotação diversa daquelas que são livremente desempenhadas pela iniciativa privada, sem tamanha intervenção regulatória do Ente Estatal. A razão para tal discrepância é, no entanto, extremamente plausível: embora considerado o serviço público como uma *atividade econômica em*

* Mestre em Direito Econômico. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* do UNIPÊ. Advogado militante. E-mail: <julian_queiroz@hotmail.com>.

sentido amplo, o seu caráter social, ou melhor, a sua função dentro da sociedade lhe assegura um regramento jurídico mais cauteloso por parte do Estado (como, por exemplo, a exigência de licitação para sua consecução pelos particulares, conforme art. 175, CF/88) do que normalmente se exige para o mero desempenho de uma atividade econômica qualquer, despida da necessidade coletiva que o serviço público traz em seu íntimo.

Há, pois, uma distinção significativa entre a natureza jurídica do serviço público e a atividade econômica, visto que os regimes jurídicos estabelecidos para cada modalidade são diametralmente contrapostos, face à submissão, quando à primeira, a uma série de princípios que implicam a necessidade de o particular, no momento de sua consecução, prestar atenta observância aos imperativos do interesse social, sempre sob a supervisão estatal, e, quanto à segunda, a parcial ausência desse compromisso por parte do agente econômico, que se vê submetido a um arcabouço jurídico bastante distinto, tendo ampla liberdade de atuação para o aferimento de seus interesses particulares.

A investigação dessa distinção consiste, portanto, no objetivo do presente trabalho, através da análise relativa à diferenciação de uma determinada atividade como serviço público ou atividade econômica, ao menos em seu *sentido estrito*, sob o prisma da Constituição econômica de 1988.

2 ANÁLISE DA DICOTOMIA ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS

A acepção “atividades econômicas”, entendida em seu sentido amplo, compreende, segundo lição de Eros Roberto Grau¹, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito cuja diferenciação, como visto, consiste no regime jurídico adotado em cada modalidade.

Na verdade, a adequação do serviço público como espécie

¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93.

de atividade econômica surgiu com a necessidade de submeter o serviço público às regras concorrenciais do mercado, através de uma política de desestatização (iniciada, sobretudo, nas décadas de 80 e 90 do século passado), resultando em um processo cuja característica principal foi romper com os padrões clássicos do instituto, especialmente no que tange aos seus critérios identificadores.

Assim, a ideia de “crise”, na qual a doutrina sustenta o declínio da noção clássica de serviço público, é, nada mais, que um reflexo da polêmica relacionada à imprecisão dos conceitos relacionados aos critérios identificadores da noção de serviço público, critérios esses que, usualmente, são classificados em três acepções: o critério orgânico ou subjetivo, o material ou funcional, e, por fim, o formal.

Pelo *critério orgânico* (ou *subjetivo*), somente poderiam ser enquadrados como serviços públicos as atividades prestadas pelo organismo estatal. Quer dizer, a concepção orgânica ou subjetiva define o serviço público pela pessoa ou ente que o realiza ou o desempenha, abordando, assim, uma noção ampla, vez que submete à ideia de serviço público a toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Poder Público².

Malgrado a relevância do aludido critério, impende ressaltar que sua análise tornou-se insubsistente na conjuntura econômica atual, visto que, em determinadas situações, certos serviços públicos podem tanto ser desempenhados pelo setor público como pelo privado, a exemplo do que ocorre na prestação de serviços de saúde e educação³, que são livres à iniciativa privada (arts. 199 e 209 da CF)⁴.

Além disso, a concepção orgânica sofreu profundas

² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43.

³ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul./set 2006, p. 200.

⁴ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

alterações no cenário histórico evidenciado após o fenômeno da desestatização, pois, com o progressivo aumento da participação dos particulares na execução de determinados serviços públicos, mormente após o advento do Estado regulador, o desempenho destas atividades diretamente pelo Poder Público deixou de ser sua característica principal.

Todavia, insta salientar que a atuação dos particulares na prestação de tais atividades, via delegação estatal, não desnatura a existência de um serviço público, vez que a atividade pública desenvolvida não perderá o caráter de “pública” se desempenhada por pessoa física ou jurídica estruturada nos moldes do direito privado⁵. O que se pretende demonstrar, contudo, é que o reconhecimento da utilização do critério subjetivo ou orgânico como fundamento da definição de serviço público tornou-se insubsistente, especialmente após a atuação cada vez mais reiterada da iniciativa privada na consecução dos aludidos serviços.

Outro aspecto elencado pela doutrina consiste no *critério material ou funcional*, segundo o qual o serviço público incide sobre toda e qualquer atividade que tenha por objetivo satisfazer um interesse social. Dessa forma, toda atividade material cujo foco seja a realização ou promoção de um interesse público deve ser considerada, por este critério, um serviço público.

A crítica que se levanta contra esta característica consiste no fato de que nem sempre se é possível mensurar, materialmente, tal ou qual atividade corresponde necessariamente à concepção de interesse social, visto que, como se sabe, alguns serviços essenciais (como saúde e educação, por exemplo), nada obstante a essencialidade que lhes é peculiar, podem ser desenvolvidos mediante exploração econômica da iniciativa privada, ao revés de sua prestação mediante um serviço público tipicamente regido por um regime diferenciado⁶.

⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 75.

⁶ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006, p. 200.

Entretanto, não obstante as observações produzidas acima, insta assinalar que, dentre os elementos utilizados para caracterizar os critérios identificadores do serviço público (orgânico e formal), somente o critério material sobreviveu às modificações trazidas pela nova concepção de serviço público brotada no contexto da globalização econômica e da acepção regulatória do Estado⁷.

Por fim, pelo *critério formal* diz-se estar diante de um serviço público sempre que a atividade investigada for desempenhada mediante um regime jurídico diferenciado, ou seja, o *regime jurídico administrativo* (ou derogatório do direito privado), sendo certo que esse critério traz a principal característica que difere os serviços públicos das atividades econômicas em sentido estrito.

De acordo com o critério em questão, os serviços públicos devem ser prestados sob um regime jurídico de direito público (especial), ao passo que as atividades econômicas permanecem sendo exploradas sob os auspícios do regime privado (direito comum). A diferença entre os dois regimes, como pondera Ubirajara Costódio Filho, longe de ser um mero diletantismo acadêmico, ganha especial relevância quando observados os *efeitos jurídicos* que a inclusão de uma dada atividade em uma ou outra modalidade pode resultar, vez que, se, por um lado, certa matéria for enquadrada como serviço público, surge, para o Estado, o dever de desempenhá-la diretamente, sob um regime jurídico administrativo, ou mediante delegação à iniciativa privada, sempre por meio de outorga estatal, ao passo que, se subsumida ao regime das atividades econômicas, submete-se às normas típicas do direito privado, marcadas pela livre iniciativa e pela consensualidade⁸.

A pretensa dicotomia “serviço público e atividade econômica” originou-se desde meados da década de oitenta, quando começou a ser implantado no Brasil, bem como na esmagadora maioria dos países

⁷ 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**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 47.

⁸ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006, p. 198.

ocidentais, um contínuo processo de desestatização consubstanciada na delegação de atividades, outrora prestadas com exclusividade pelo Estado, para a iniciativa privada⁹.

Nesse ponto, vale destacar a valiosa lição de Odete Medauar, para quem a expressão desestatização deve ser interpretada como sendo um processo no qual se confere mais autonomia para a sociedade reger seu destino, com menos participação do Estado. Assim, dentro dessa concepção ampla de desestatização estariam abarcadas a desregulamentação e a privatização. A primeira consiste na total ou parcial eliminação da influência estatal sobre o mercado, enquanto a segunda (privatização) pode aparecer, num sentido amplo, como um meio de redistribuição de atividades do setor público para o setor privado, e, em sentido estrito, um processo de transferência de empresas estatais para os particulares.

E foi justamente nesse contexto que se fez brotar na doutrina nacional uma série de divergências envolvendo as concepções de serviços públicos e atividades econômicas, visto que, conforme salientado, o arcabouço jurídico traçado pela Constituição Federal de 1988 estabeleceu diferentes efeitos no que diz respeito ao regime jurídico estabelecido.

Quando uma atividade é classificada como serviço público, o seu desempenho pelo particular somente pode ser perpetrado mediante *concessão* ou *permissão*, sempre precedida de licitação, conforme determina o art. 175 do texto constitucional, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Em contrapartida, as atividades ditas “econômicas” independem de qualquer procedimento licitatório, visto serem livres à iniciativa privada, prescindindo de qualquer manifestação da Administração Pública, salvo em alguns casos específicos,

⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 248-249.

previstos em lei, nos quais se exige mera *autorização*, conforme preceitua o parágrafo único do art. 170 da Magna Carta, abaixo transcrito:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A partir da análise desses dispositivos, percebe-se que tal distinção submete o tratamento das atividades inseridas no rol de serviços públicos em um regime jurídico diverso daquelas atividades que são livremente exploradas pelos particulares (submetidas às regras emanadas do direito privado), qual seja, o regime jurídico administrativo.

Nesse prisma, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que o elemento formal (ou seja, a submissão a um regime jurídico diferenciado) confere à noção de serviço público um caráter jurídico, sendo, portanto, decisiva a sua observância para fins de caracterizar determinado serviço como sendo “serviço público”¹⁰. Segundo o prestigiado autor, serviço público seria exatamente aquela atividade que se consubstanciava através de um regime jurídico especial, exorbitante do direito privado, instituído pelo Estado com o objetivo de consagrar determinados fins¹¹.

No mesmo sentido é a posição de Marçal Justen Filho¹², para quem “a atividade de serviço público é subordinada ao *regime de*

¹⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 625.

¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 170.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de direito administrativo econômico**, 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 379.

direito público como consequência de sua natureza funcional”, e José Eduardo de Alvarenga, para quem o regime jurídico a ser conferido ao serviço público há de ser “o de direito público”, a fim de outorgar-lhe prerrogativas e privilégios diversos do direito comum¹³.

O que se vislumbra das opiniões dos mencionados autores é que o critério formal, ou seja, o regime jurídico administrativo derogatório do direito privado, consiste, na estreita linha vanguarda do Direito Administrativo, na principal característica do serviço público, sendo, pois, considerando a “pedra angular” da concepção deste instituto.

Todavia, com a atuação cada vez mais marcante do particular na consecução de atividades enquadradas como “serviços públicos”, via delegação estatal, bem como o contínuo processo de ingerência do Estado na exploração de atividades privadas, essa perspectiva formal, na qual se baseiam os partidários da ideologia formalista descrita acima, começa a encontrar certa resistência por parte dos adeptos de uma mudança de concepção do Direito Administrativo clássico, ocasionando um fenômeno cuja concreção a doutrina tem comumente denominado de “crise do serviço público”¹⁴.

Tais tendências são evidenciadas no alargamento da prestação de serviços públicos mediante as regras concorrenciais conferidas ao regime da livre iniciativa, bem como o substancial aumento dos chamados *serviços públicos industriais e comerciais* (SPIC), que, segundo Almiro de Couto e Silva, muito embora tenham natureza jurídica de direito privado, não devem ser expelidos da concepção de serviço público¹⁵.

No mesmo sentido parece tender a doutrina de Andrea Nárriman Cezne, para quem a noção de serviço público, especialmente após os avanços delineados no campo do Direito

¹³ ALVARENGA, José Eduardo de. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de direito administrativo econômico**, 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 333.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de direito administrativo econômico**, 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 396.

¹⁵ 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**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 47.

Administrativo, já há muito abandonou aquela estreita vinculação a um regime jurídico de direito público¹⁶.

Nesse ponto, aparenta caminhar a doutrina em dois caminhos distintos e dificilmente convergentes: um no sentido de atribuir ao serviço público regime jurídico especial, estritamente público, sendo este o alicerce que serviria de fundamento para a consubstanciação do serviço público; e outro no sentido de que se deve mitigar tal concepção a fim de considerar determinadas atividades regidas pelo direito privado (a exemplo dos SPCI) como igualmente integrantes no rol dos serviços públicos.

Em meio a tal divergência, demonstra-se possível, ainda, elucidar o nascimento de uma terceira corrente doutrinária (uma espécie de *teoria eclética*), na qual se considera o serviço público um instituto jurídico *parcialmente* submetido a um regime jurídico administrativo. Esta parece ser a concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, para quem o serviço público vem a ser toda atividade material submetida a um *regime jurídico total* ou *parcialmente* público.

No mesmo caminho parece trilhar a lição de Carlos Ari Sundfeld, que entende que o conteúdo da noção de serviço público deve adaptar-se aos novos tempos e ao novo modelo de regulação econômica, não mais se devendo discutir o seu caráter público ou privado, mas sim de que forma o serviço é regulado pelo Estado¹⁸.

Comungando do mesmo raciocínio, Ubirajara Costódio Filho lança sua análise crítica acerca da dicotomia entre serviços públicos e atividades econômicas, concluindo que o traço distintivo entre os dois institutos não deveria recair sobre seu regime jurídico, mas sim sobre a existência do dever estatal de prestá-los à população, sempre presente no primeiro caso, e, via de regra, ausente no segundo¹⁹.

¹⁶ CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, jul./set. 2005, p. 321.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 94.

¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 32-33.

¹⁹ COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**. Brasília, n. 15, jul./set. 2006, p. 223-224.

A exposição desses fatores, assim como o nítido dissenso doutrinário que envolve a noção de serviço público, bem demonstra a nebulosa e difícil aceção acerca da conceituação do instituto, com especial relevância acerca de seu regime jurídico. A proeminência de tais postulados, contudo, se circunscreve na zona de demarcação entre os limites da atividade econômica privada e o campo inerente aos serviços públicos, visto que, conforme reporta Marçal Justen Filho, a qualificação de uma atividade como serviço público exclui a aplicação do regime próprio do direito privado²⁰.

Logo, a submissão de uma determinada atividade no campo do serviço público reduz significativamente a órbita de atuação da iniciativa privada, que nele só pode atuar mediante o adimplemento das *condições constitucionalmente estabelecidas*, quais sejam, somente através de concessão ou permissão, sempre precedida de procedimento licitatório. Em contrapartida, se dita atividade for considerada uma atividade econômica em sentido estrito, a atuação do particular reveste-se de plena liberdade, vez que submetida às regras do mercado, dentre as quais se destaca a livre iniciativa.

Vale ressaltar, contudo, que determinados serviços públicos, por conveniência do legislador constituinte, podem, conforme o caso, serem inseridos tanto no regime jurídico de direito público (como naturalmente ocorre), como (e eis aqui a novidade) no campo do direito privado, sendo, neste caso, a outorga conferida ao particular, instrumentalizada mediante uma autorização (e não concessão ou permissão, conforme requerida no que concerne aos serviços públicos).

Quer isso dizer que o legislador constituinte determinou que, em alguns casos, o regime jurídico de determinados serviços públicos não seria aquele estabelecido no art. 175 da Lei Maior, a ensejar um regime jurídico diferenciado, mas

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. In CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (organizadores). **Curso de direito administrativo econômico**, 1. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 382.

o previsto no art. 170 do texto constitucional, visto que, em tais espécies, o instrumento de outorga não seria apenas a concessão ou permissão, mas também a autorização.

É o caso dos serviços de difusão de telecomunicações, radiodifusão sonora, e de sons e imagens, energia elétrica, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, transporte ferroviário, aquaviário e rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e, por fim, a exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, conforme preceitua o art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

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

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

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; [...] (Grifos nossos).

Nesse contexto, assevera Dinorá Adelaide Musetti Grotti²¹ que o uso do termo “autorização” em tais hipóteses fez com que a doutrina levantasse três possibilidades para se considerar a referência constitucional:

- 1) O art. 175 deixou de mencionar a “autorização” como instrumento de delegação de serviços públicos;
- 2) A inserção da “autorização” nos referidos dispositivos se deu por equívoco do legislador (sendo esta a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello);
- 3) O termo “autorização” indica que os serviços referidos nos dispositivos citados, malgrado desempenhem relevante interesse social, não são considerados serviços públicos, mas sim atividades econômicas em sentido estrito.

Nada obstante as ponderações idealizadas acima, parecemos, contudo, que a pretensão do legislador constituinte foi exatamente transportar alguns serviços elencados nos incisos XI e XII do art. 21 para o campo das atividades econômicas em sentido estrito, (desde que, evidentemente, o instrumento de outorga seja uma autorização), deixando os demais serviços (cuja outorga seja uma concessão ou permissão) submetidos ao regime jurídico derogatório do direito privado.

Tais ilações acentuam ainda mais a inegável importância de se estabelecer um paralelo entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, visto que, como já demonstrado, a acepção das noções de serviço público e atividade econômica foi concebida, pelo constituinte brasileiro, seguindo modelos jurídicos diferenciados, em conformidade com o que dispõem os artigos 170, parágrafo único, e 175, já analisados.

O problema consiste em saber quais seriam as atividades que se enquadram em uma ou outra modalidade, uma vez que o texto constitucional não conceitua, de maneira precisa, o que vem a ser serviço público ou atividade econômica.

²¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

Na verdade, a única menção que a Magna Carta faz a respeito de serviço público encontra-se no art. 30, inciso V, que prevê, dentro do rol de competência dos Municípios, a prestação do serviço público de transporte local²².

Desse modo, pode-se afirmar, com absoluta precisão, que as atividades de transporte coletivo local são *serviços públicos* de competência dos Municípios (por expressa determinação constitucional), não podendo, desta forma, ser desenvolvidas como atividades econômicas²³.

Entretanto, no que tange às demais atividades (energia elétrica, telecomunicações, saneamento básico, etc.), peca a Constituição por não inseri-las em uma ou outra categoria, nem, tampouco, por formular um conceito objetivo de serviço público apto a fazer tal distinção. Nesse diapasão, face à omissão constitucional, coube a doutrina elaborar uma noção de serviço público à luz da Constituição, resultando na formação de duas correntes doutrinárias consubstanciadas nas teorias convencionalista (formalista ou legalista) e essencialista do serviço público²⁴.

3 TEORIAS DA CONCEPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Segundo a teoria convencionalista, caberia ao legislador, no momento da formulação da lei, estabelecer as atividades que seriam consideradas serviços públicos. Desse modo, a concepção de uma dada atividade como serviço público dependeria de expressa disposição constitucional ou legal²⁵ cujo delineamento estaria adstrito às convicções predominantes da sociedade.

²² Art. 30. Compete aos Municípios:

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

²³ PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia** – RDPE, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 132.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47-48.

²⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006, p. 267.

Essa parece ser a posição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶, para quem o Estado escolhe, por meio de lei, quais as atividades que, em um determinado momento, são consideradas serviços públicos.

Ao lado dessa corrente doutrinária, alguns autores sustentam que não é a lei ou a Constituição que define uma atividade como sendo um serviço público, mas tal percepção deve ser extraída da própria *natureza* do serviço que se está sendo desempenhado. Esta é a conceituação trazida pela teoria essencialista, que, contrapondo-se ao aspecto formal da primeira, preceitua como serviço público toda atividade considerada essencial para a satisfação dos interesses da sociedade, em um determinado momento.

Percorre por este caminho a doutrina de Eros Roberto Grau²⁷, para quem, ainda que o legislador possa atribuir uma determinada atividade como sendo um serviço público, se ela não se subsumir em sua função essencial, dita atividade não poderá ser considerada um serviço público.

Malgrado a discrepância dos referidos preceitos doutrinários, certo é que a falta de uma definição precisa, no corpo do texto constitucional, acerca de uma classificação envolvendo as atividades consideradas como serviço público, leva-nos a uma zona de incerteza e obscuridade, que tende, ainda mais, a dificultar a compreensão da matéria.

A divergência doutrinária, contudo, pode dilacerar-se ao se analisar o propósito do enquadramento de uma dada atividade como sendo um “serviço público”. Na verdade, a doutrina é consente em afirmar que todo o serviço público serve como meio para o implemento dos interesses sociais mais relevantes, que são, por isso mesmo, elencados como direitos subjetivos fundamentais.

Dessa forma, não se pode conceber que o interesse social

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 99.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, p. 145.

seja eficazmente desempenhado se submetido, sem quaisquer ponderações, às “leis do mercado”. Faz-se, pois, imprescindível a existência e o delineamento de um arcabouço jurídico mais preciso e melhor arquitetado a ser conferido na consecução de tais atividades, com corolários próprios e específicos que confirmam ao prestador do serviço (quer seja o Estado diretamente, quer seja o particular, mediante delegação) o *dever* de observar os direitos fundamentais inerentes ao serviço que se está executando, mesmo que se aplique, ainda que parcialmente, as regras inerentes à livre iniciativa.

Neste ponto, propõe-se que o objetivo dos serviços públicos (qual seja, satisfazer, mediante o desempenho de uma atividade material, um interesse relevante socialmente reconhecido) imponha ao seu prestador o dever de observar os corolários inerentes à atividade que está sendo realizada, atrelado ao interesse público que se visa suprir, sendo, portanto, inaceitável a ideia de submissão total e irrestrita do serviço público no contexto das leis de regência do mercado.

Dentro desta análise, destacam-se os princípios de ordem pública (em especial, os da continuidade, impessoalidade, modicidade tarifária etc.) estabelecidos na nossa legislação, com fundamento na Constituição, que determina, como lembra Dinorá Adelaide Musetti Grotti²⁸, a prestação de um serviço público adequado como um direito fundamental.

Neste contexto, a legislação infraconstitucional subtempera que um serviço público só pode ser considerado adequado quando satisfaz, concomitantemente, as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, sendo certo que, sempre que quaisquer desses princípios forem desrespeitados pelos agentes particulares que exploram tais serviços, faz-se preciso a intervenção precisa do Poder Público, para que, agindo como agente normativo e regulador da atividade econômica (art.

²⁸ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

174 da Constituição Federal), repreenda o particular ou encampe ele mesmo o serviço, a fim de prestá-lo da forma mais eficaz possível, sob o ponto de vista do usuário.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pode-se perceber que a falta de clareza do legislador constitucional no trato da matéria, em especial à ausência de formulação precisa de um conceito de serviço público, gera uma série de incontrovérsias sobre a aplicabilidade das regras de tal instituto sobre as atividades econômicas em geral realizadas pelos particulares.

Viu-se que ora o constituinte trata certas atividades como inseridas no regramento de um regime jurídico diferenciado (qual seja, as normas que disciplinam o serviço público), mediante a adoção de um tipo de outorga inerente à tais serviços (a saber, a concessão ou a permissão), ora as trata como subsumidas a um regime de direito privado (seguindo, pois, as leis do mercado), elencando a autorização como ato administrativo utilizado como instrumento de outorga.

Certo é que, até que se venha uma lei ou emenda constitucional promovendo, com a tecnicidade que a situação demanda, a diferenciação entre os dois institutos no campo do direito positivado, haveremos de ter sempre essa divergência doutrinária acerca da matéria, dificultando a percepção da matéria como parte integrante do sistema jurídico, e permitindo que conceituações não técnicas sejam inseridas em nosso ordenamento (como sucedeu com o regime de outorga dos serviços de telecomunicações no âmbito da telefonia móvel²⁹).

²⁹ Nos termos da lei de regência (Lei 9.472/99), a telefonia móvel é enquadrada como atividade econômica. No entanto, sua outorga à iniciativa privada não se procede mediante autorização, conforme exige a Constituição Federal, ao menos em seu conceito técnico, mas sim mediante licença, visto que, nos termos da lei, a autorização conceitua-se como ato administrativo vinculado (art. 163, § 1, da Lei 9.472/99).

Public services and economic activities in the Federal Constitution of 1988

ABSTRACT: This article aims to outline the guidelines that shape the distinction between public services and economic activities in the strict sense, as well as establishing the basic premises of the law applied to each of these modalities, in accordance with the framework outlined by the Constitution.

Keywords: Public service; Economic activity; Federal Constitution.

Artigo recebido em 18/06/2013 e aceito para publicação em 30/09/2013

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico:** do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas, 2006.

CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). **Curso de direito administrativo econômico**, 1. São Paulo: Malheiros, 2006.

CEZNE, Andrea Nárriman. O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo. **Revista Informação Legislativa**, Brasília, a. 42, n. 167, jul./ set. 2005.

COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. Análise crítica da dicotomia serviços públicos x atividades econômicas no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul. /set 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação.
In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Regulação econômica e empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 4, n. 15, jul./set. 2006.

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**, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.