



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Serviço público no século XXI: conceito e finalidades

Public service in the XXI century: concept and purpose

Paulo Macera

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo revisitar o conceito de serviço público e suas utilidades contemporaneamente, levando-se em consideração o papel do Estado Regulador, os dispositivos constitucionais, as alterações legislativas em matéria de serviços públicos, dentre outros aspectos.

Palavras-chave: serviços públicos; livre iniciativa; concorrência; delegação; regulação.

Abstract: This paper aims to review the concept of public service and its utilities nowadays, taking into account the role of Regulatory State, the constitutional provisions, legislative changes related to public services, among other things.

Keywords: public service; free initiative; competition; delegation; regulation.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n2p331-342>

Artigo submetido em: abril de 2016

Aprovado em: julho de 2016

SERVIÇO PÚBLICO NO SÉCULO XXI: CONCEITO E FINALIDADES

Paulo MACERA*

Sumário: 1. Introdução; 2. Breves apontamentos doutrinários sobre a conceituação de serviços públicos; 3. Tratamento constitucional dos serviços públicos; 4. Serviços públicos e dicotomias; 4.1. Serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito; 4.2. Serviços públicos e serviços sociais; 5. Conclusões: o que são serviços públicos contemporaneamente e quais as suas utilidades?; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A temática dos serviços públicos sempre se mostrou bastante complexa e desafiadora aos estudiosos do Direito Administrativo. O estudo das regras disciplinadoras dos serviços públicos é de tal forma importante que já chegou a ser confundido com o próprio estudo do Direito Administrativo – notadamente no âmbito da Escola de Serviços Públicos francesa.

Recentemente, a revisão a respeito do papel do Estado e suas finalidades, experimentada pelo Brasil a partir da década de 90, sobretudo pela chamada reforma regulatória, bem como as diversas alterações na ordem econômica, impactaram de maneira profunda as atividades consideradas serviços públicos. Nesse cenário, imperiosa se faz a revisitação conceitual do que se entende por serviços públicos no cenário do século XXI, bem como do aparato jurídico que serve de instrumental à prestação de tais atividades.

O presente trabalho tem por escopo, de maneira bastante sintética, contribuir para uma reflexão e uma releitura crítica a respeito da qualificação jurídica dos serviços públicos. Desta feita, este estudo tem como norte duas questões centrais: o que se entende contemporaneamente por serviços públicos e quais as funções e finalidades desses serviços.

Para tal análise, propõem-se outros questionamentos que servirão de alicerce às duas questões principais propostas. O primeiro deles refere-se à existência ou não de um regime único de serviços públicos. Em outras palavras, questiona-se sobre a real existência de um conjunto de regras e princípios igualmente aplicáveis a todas as atividades rotuladas de serviço público.

O segundo refere-se à viabilidade, ou mesmo à utilidade, de se encarar o qualificativo “serviço público” sob uma ótica de “tudo ou nada”. Melhor explicando, questiona-se se é útil classificar determinados setores em que haja uma intervenção estatal simplesmente como sendo ou não serviços públicos de uma maneira bipartida.

Ademais, importante se mostra analisar se atualmente faz sentido distinguir os serviços públicos de outras atividades, como tradicionalmente feito na doutrina.

Em terceiro lugar, questiona-se qual o significado da atribuição da titularidade de um serviço público a determinado ente estatal. Deve a titularidade de determinado serviço público ser encarada mais sob a ótica de um direito, uma prerrogativa, do ente que atraiu para si a titularidade ou sob a ótica de um dever desse ente e um direito do cidadão.

* Bacharel em Direito e Mestre em Direito do Estado (subárea Direito Administrativo) pela Universidade de São Paulo. Procurador Jurídico da Câmara Municipal de Campinas e Advogado.

Por fim, questiona-se se a titularidade de determinado serviço público está atrelada a uma noção de monopólio – ou privilégio, conforme alguns autores reputam ser mais adequada a terminologia.

Metodologicamente, haja vista os objetivos do presente estudo, optou-se pelo enfoque de cunho mais doutrinário nas questões acima levantadas, evitando-se o recurso a uma abordagem jurisprudencial do tema. Além disso, será focada a análise pautada no ordenamento jurídico pátrio, evitando o desnecessário recurso ao direito estrangeiro, o que fugiria dos objetivos do presente artigo.

Feitas estas observações iniciais, cumpre esclarecer a divisão temática do presente trabalho: primeiramente, será abordada a conceituação do que se entende por serviços públicos; em seguida, serão analisadas algumas distinções dicotômicas tradicionalmente adotadas por autores estudiosos dos serviços públicos; e, finalmente, serão abordadas as concepções deste autor relativas à noção contemporânea de serviços públicos e suas finalidades.

2. Breves apontamentos doutrinários acerca dos serviços públicos

Antes de se enfrentar os questionamentos propostos, necessário se faz uma breve visita aos apontamentos doutrinários a respeito dos serviços públicos. Desta feita, sem a pretensão de tecer uma abordagem histórica acerca da noção de serviços públicos, cumpre analisar o que a doutrina tradicionalmente apontou como sendo serviços públicos.

No que tange ao plano conceitual, costuma-se apontar diversas acepções sobre a noção de serviços públicos, partindo de noções mais amplas até as mais restritas. Aragão (2008, p. 144-149) visualizou quatro acepções do termo. Para o autor, serviço público em uma acepção amplíssima significaria todas as atividades desenvolvidas pelo Estado – incluindo-se aqui a própria jurisdição, atividades legislativas e a segurança.

Já na acepção ampla, serviços públicos equivaleriam às atividades de natureza prestacional fruíveis individual ou coletivamente – abrangeria, assim, os denominados serviços econômicos, sociais e serviços *uti universi*.

No sentido restrito, serviço público abrangeria as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos – abrangeria o que hoje se denomina serviços econômicos e sociais.¹ Essa é, alias, a acepção em que o autor se pauta em sua obra, definindo serviços públicos como

as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade (ARAGÃO, 2008, p. 157).

Por fim, em sua acepção restritíssima, serviços públicos seriam as atividades prestacionais do Estado remuneradas por taxas ou tarifas.

Outros autores, entretanto, entendem que o fato da Constituição autorizar em seu artigo 145, inciso II, a remuneração de serviços públicos por meio de taxa implicaria a abertura para uma acepção mais ampla do conceito desses serviços. Isso porque se afastaria da noção de serviços públicos entendidos como aqueles passíveis de exploração econômica. Nesse sentido, Marques Neto (2005, p. 6) entende que a Constituição Federal vigente conferiu duas acepções distintas à noção de “serviços públicos”. A primeira,

¹ Distinções estas que, conforme será abordado mais à frente, encontram-se enfraquecidas.

de sentido impróprio, é essa definição mais ampla apontada. Já em uma acepção mais restrita e em um sentido próprio, serviços públicos significariam

atividades dotadas de conteúdo econômico, revestidas de especial relevância social, cuja exploração a Constituição ou a Lei cometem à titularidade de uma das esferas da federação como forma de assegurar o seu acesso a toda gente, permanentemente (MARQUES NETO, 2005, p. 6).

Evidentemente, não parece adequado tachar de corretas ou não cada uma dessas acepções, sendo cada uma delas relevante aos motivos de sua adoção. Nesse sentido, Di Pietro (2008, p. 94) aponta que “não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que outro”. A despeito disso, é de se notar uma tendência de se distinguir os serviços públicos da legislação, da jurisdição e da segurança – sendo afastada atualmente a adoção de um conceito amplíssimo de serviços públicos.

Também se mostra bastante comum a preferência por separar os serviços públicos das atividades de fomento e poder de polícia, como faz a citada autora (DI PIETRO, 2008, p. 94).

Questiona-se aqui, entretanto, se é sempre possível distinguir com clareza os serviços públicos das atividades de fomento e do poder de polícia em algumas situações práticas. Por exemplo, quando na prestação de um serviço público o ente público ou o delegatário de serviço público impõe algumas restrições ao particular por questões de segurança ou a própria melhoria na prestação do serviço,² aparentemente a distinção entre os serviços públicos e o poder de polícia mostra-se menos nítida. Além disso, na ótica do Estado Regulador, questiona-se se a atividade de fomento não poderia, em alguns casos, ser utilizada pelo Estado como forma de atendimento de determinado interesse público inerente a uma atividade eleita como serviço público.

Para os objetivos desse trabalho, propõe-se uma releitura da noção de serviços públicos em sua acepção restrita – como atividade de titularidade estatal que vise ao oferecimento de utilidades fruíveis aos seus usuários.

Quanto aos critérios para se rotular uma atividade como serviço público, é possível verificar na doutrina, basicamente, duas linhas bastante distintas. A dos chamados formalistas – ou, ainda, convencionalistas-legalistas –, que condicionam a qualificação de determinada atividade como serviços públicos à existência de disposições constitucionais ou legais³ nesse sentido. Pode-se citar nesta linha Di Pietro (2008, p. 94) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 680).

Esse último aponta que a qualificação de determinada atividade como serviço público depende de um elemento material – consistente no oferecimento de utilidades ou comodidades materiais singularmente fruíveis, ligando-se, assim, a noção restrita de serviços públicos – e de um elemento formal, consistente na submissão a um regime de Direito Público – denominado pelo autor de regime jurídico-administrativo. Nesse sentido, é válido analisar a seguinte passagem do autor:

² Como, por exemplo, no caso de fechamento, por concessionária de rodovia, de acesso aberto clandestinamente por particular que coloca em risco a segurança no trânsito, ou quando funcionários do metrô obrigam torcedores de determinado time, na saída do Estádio, a ocupar alguns vagões específicos, em prol da segurança dos demais usuários.

³ Ainda dentro dessa corrente, é possível distinguir aqueles mais radicais que condicionam a existência dos serviços à presença de dispositivos constitucionais nesse sentido, não sendo admitido eleger por meio de lei determinado serviço público, mas somente por emenda constitucional.

Em suma: o que se deseja encarecer é que de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de Direito Público e outras prestadas em regime de economia privada. Posto que o jurista só tem interesse em localizar quais as regras e princípios que presidem seu desempenho, ver-se-ia a braços com noção inútil, imprestável para indicar-lhe o único objeto que tinha em mira (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 680).

Tem-se aí alguns pontos a serem questionados, que se pretende enfrentar mais a frente: é possível falar em um regime jurídico único de prestação dos serviços públicos? O rol de princípios inerentes aos serviços públicos se aplica de igual maneira a todos os setores que recebem esse qualificativo? É viável fazer uma análise dicotômica entre atividades regidas pelo regime público e atividades regidas pelo Direito Privado ou seria mais adequado encarar as derrogações impostas ao Direito Privado pela *publicatio* em graus mais elevados ou menos elevados?

Outra linha, denominada de essencialista, destacando-se dentre seus autores Eros Roberto Grau, entende que haverá serviços públicos quando houver interesse relevante da população cujo atendimento pela iniciativa privada, por qualquer motivo, não for suprido. Para o mencionado autor

[s]erviço público, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividades explícita ou supostamente definidas pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (GRAU, 2010, p. 135).

A principal crítica feita à doutrina essencialista dá-se pela instabilidade conceitual acerca do que seria encarado como serviços públicos.

Por fim, menciona-se aqui o posicionamento de cunho mais constitucionalista. Para tais autores a Constituição seria a responsável por determinar a criação de um regime de serviços públicos. Destaca-se nessa linha o autor Fernando Herren Aguillar, que trata o regime dos serviços públicos da seguinte maneira:

O regime de privilégio, típico dos serviços públicos, supõe o exercício de atividade econômica pelo Estado com exclusividade em relação aos particulares e em relação aos demais entes federativos não titulares. Opera verdadeiro monopólio de uma dada atividade econômica. Daí que o mesmo regime imposto ao Estado para o fim de monopolizar uma determinada atividade econômica é também aplicável para as hipóteses de criação de novo serviço público (AGUILLAR, 1999, p. 129).

Questionam-se dois aspectos de tal definição: em algum momento nosso ordenamento atribuiu, de fato, um regime de exclusividade na prestação dos serviços públicos? Somente a Constituição pode atribuir o qualificativo “serviço público” a determinada atividade?

Ao que tudo indica, tais questões devem ser respondidas negativamente. Para o enfrentamento desses pontos aqui levantados, importante que se passe a uma abordagem constitucional do tema.

3. Tratamento constitucional dos serviços públicos

Assim como é possível falar em diversas acepções de serviço público – conforme apontado no item anterior –, também pode-se falar em diversos sentidos que a Constituição deu ao termo serviços públicos.

Conforme destaca Carvalhães Neto (2010, p. 363-367), em algumas passagens a Constituição se utilizou da expressão em seu sentido orgânico, como aparato administrativo do Estado.⁴ Em outros momentos, pregou a expressão em sua acepção objetiva, como modalidade de atividade de natureza pública. Nesse último caso, há passagens em que a expressão se refere a atividades materiais de fruição *uti singuli*,⁵ e em outras a atividades materiais de fruição *uti universi*.⁶

Tem-se, assim, que a própria Constituição se utilizou da expressão serviços públicos em acepções mais amplas e mais restritas. A despeito disso, é possível dizer que grande parte dos debates quando se trata de serviços públicos giram em torno da noção mais restrita da expressão, pela qual esses seriam atividades revestidas de especial relevância social, com conteúdo econômico, cuja titularidade pertença por expressa disposição legal ou constitucional a determinada esfera federativa. Desta feita, é com base nesse conceito que se passa a abordar os serviços públicos doravante.

Nesse sentido, relevante se mostra a análise do artigo 175 e demais dispositivos da Constituição que atribuem determinadas atividades aos entes federativos.

A leitura desse mencionado artigo leva o intérprete à seguinte conclusão: a forma pela qual o Poder Público deve explorar os serviços públicos está restrita a três possibilidades: mediante exploração direta pelo ente titular, sob a forma de permissão ou sob a forma de concessão – essas duas podem ser enquadradas no gênero delegação. Posteriormente, a reforma administrativa trazida pela Emenda Constitucional n. 19/98 abriu caminho para a exploração dos serviços públicos mediante gestão autorizada ou mesmo por transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos – formas estas instrumentalizadas por meio de consórcios públicos e convênios.

Entretanto, questiona-se o seguinte: tais formas de exploração significam a existência de um monopólio ou privilégio do Estado para a prestação de tais atividades? Em outras palavras, a exploração de determinada atividade sob a forma de serviço público implica a prestação pelo Estado em regime de exclusividade, que veda a atuação de entes privados no setor?

A resposta, em uma interpretação sistemática, aparentemente pode ser obtida por meio da análise dos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição. Ao dispor que compete à União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” determinados serviços, a Constituição estabeleceu basicamente a competência da União para explorá-los ou sob um regime de serviço público ou sob a forma de autorização. Diversos doutrinadores apontam que a autorização não foi arrolada no artigo 175, mas que é considerada uma forma de delegação de serviços públicos por ser assim estabelecida nos incisos XI e XII do artigo 21.⁷

Entretanto, *permissa venia* à qualificada doutrina que sustenta tal posição, defende-se aqui não ser esta a melhor maneira de interpretar tais dispositivos constitucionais. Parte-se da premissa que as atividades elencadas nos referidos incisos somente podem ser exploradas sob a forma de serviços públicos, e que a exploração sob a forma de serviços públicos implica um regime de privilégio da exploração excludente da exploração sob o regime privado. A partir dessa ideia, chega-se à conclusão de que o termo “autorização” se refere a uma forma de delegação de serviços públicos.

⁴ Por exemplo, nos artigos 37, inciso XIII; artigo 39, §7º; artigo 40, inciso III e §16º; artigo 136, §1º, inciso II.

⁵ Por exemplo, no artigo 145, inciso II.

⁶ Por exemplo, no artigo 223.

⁷ Nesse sentido, Di Pietro (2011, p. 135).

Ao contrário, a conclusão que aparentemente parece mais adequada é a de que a titularidade do serviço público por um ente não significa, *per se*, a interdição monopolística à exploração de atividades sob outra forma. Ressalta-se, entretanto, que mesmo não sendo explorada a título de delegação de serviços públicos, a atuação do particular poderá ser plenamente permeada de normas legais ou regulatórias de cunho publicístico – de modo que a própria autorização poderá ser acompanhada de um forte aparato legal e regulatório que concilie o princípio da livre iniciativa ao interesse público inerente à atividade.

Nesse sentido, interessante registrar os ensinamentos de Egon Bockmann Moreira:

A rigor, a autorização tornou-se um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviços públicos. [...] A racionalidade aqui é outra, estampada em ordem de motivos assim sintetizada: submeter a prestação de específicos serviços ao regime de direito privado administrativo combinado com exigências típicas de um mercado competitivo (MOREIRA, 2010, p. 68-69).

Além disso, a análise dos dispositivos constitucionais relativos aos serviços públicos permite outras duas conclusões: a Constituição sabiamente não elencou de maneira exaustiva as atividades que podem ser exploradas sob o regime de serviços públicos,⁸ o que abre espaço para que a lei estabeleça outras atividades passíveis de exploração sob a forma de serviços públicos; e não foi estabelecido, ao menos em sede constitucional, um regime jurídico único inerente a todos os serviços públicos.

Em relação a essa última conclusão, cabe esclarecer o seguinte: ainda que a Constituição⁹ estipule que caberia à lei – em sentido estrito – disciplinar o regime das empresas delegatárias, os direitos do usuário, as políticas tarifárias e a obrigação de manter o serviço público adequado; não se pode extrair disso que haja um regime jurídico único disciplinador dos serviços públicos.

Primeiramente, porque não se estabeleceu um rol de princípios aplicáveis indistintamente às atividades passíveis de exploração por meio de serviços públicos.

Em segundo lugar, porque o estabelecimento de um regime jurídico único de serviços públicos pode se tornar altamente prejudicial ao desenvolvimento de cada setor específico, uma vez que cada um possui uma série de peculiaridades e características próprias.

Quando o ente público atrai para si a titularidade de determinado serviço, ele o faz com base em alguns fatores que justifiquem o interesse público de tal avocação. Assim, é possível identificar uma série de “elementos justificantes”¹⁰ da atração da titularidade do serviço público, dentre eles: necessidade da continuidade do serviço, metas de universalização, necessidades maiores ou menores de estabelecimento de política tarifária, fatores justificantes do estabelecimento de políticas tarifárias, modicidade tarifária, interesses relativos à segurança pública inerentes à prestação, etc. Se cada setor específico possui inúmeras peculiaridades e reclama que seja dada atenção específica a cada um desses elementos, a conclusão que se chega é a de que o estabelecimento de um regime jurídico único dos serviços públicos não é saudável ao próprio desenvolvimento desses.

⁸ Conclusão esta que é corroborada pelo artigo 30, inciso V, da Constituição.

⁹ Em seu artigo 175, parágrafo único, e respectivos incisos.

¹⁰ Permite-se aqui denominar dessa forma cada um desses fatores, ligado a determinados interesses públicos, que justifiquem a avocação da titularidade pelo Poder Público.

Ora, se as metas de universalização do setor elétrico e de saneamento básico são diversas das metas de universalização do setor aéreo, por que se justifica o estabelecimento de um regime único? Se a justificativa do estabelecimento de tarifa de consumo de água está ligada também a questões ambientais, por que tratar da mesma forma que as políticas tarifárias do serviço de transporte público? Se até mesmo o princípio da continuidade, tradicionalmente apontado como um dos mais marcantes do regime de serviços públicos, pode ser mais flexibilizado em alguns setores – como nos serviços de estatística, geografia, geologia e cartografia – por que tratá-los da mesma maneira que os demais?

Interessante nesse ponto mencionar os ensinamentos de Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

Verifica-se também que, diante das peculiaridades apresentadas pela complexidade e diversidade de serviços, cada qual regido por normas próprias, não é possível explicar tudo em bloco, 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.

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 (GROTTI, 2003, p. 373-374).

Por fim, cumpre mencionar que em nenhum momento o parágrafo único do artigo 175 impôs a necessidade de se tratar dos temas elencados nos incisos I a IV da maneira uniforme. Assim, cada setor tem a possibilidade de estabelecer seu regime jurídico próprio.¹¹

Sem prejuízo disso, não se pretende aqui desprezar, evidentemente, os esforços doutrinários no sentido de identificar uma série de princípios relativos aos serviços públicos. Ao contrário, tais estudos são de grande valia para a compreensão e desenvolvimento desses serviços. O que se aponta aqui é a necessidade de se disciplinar e estudar cada setor com as suas devidas peculiaridades, aplicando-se tais princípios na medida em que cada setor necessite.

4. Serviços públicos e dicotomias

Tradicionalmente, a doutrina costuma trazer à temática dos serviços públicos algumas oposições dicotômicas entre esses e as chamadas “atividades econômicas em sentido estrito”, bem como entre os serviços públicos e os “serviços sociais”. Ocorre que, a despeito da relevância que teve tal distinção, mencionadas dicotomias passam a ser paulatinamente questionáveis.

4.1. Serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito

O inevitável reconhecimento de que os serviços públicos – ou, ao menos, grande parte deles, notadamente se considerar suas acepções mais restritas – são revestidos de um conteúdo de relação econômica – corroborado na Constituição pelo fato do artigo 175 estar inserido no capítulo que trata da ordem econômica –, levou alguns doutrinadores, apegados à necessidade de distinguir os serviços

¹¹ Como já se está fazendo atualmente, a exemplo da Lei 11.445/07 que estabeleceu normas gerais relativas ao setor de saneamento básico.

públicos de outras atividades econômicas, a criarem uma distinção entre “serviços públicos” e as denominadas “atividades econômicas em sentido estrito”.¹²

Desta feita, passou a se falar em um campo de atividade econômica que o Estado explorava sob o regime da concorrência – o das atividades econômicas em sentido estrito, disciplinadas, segundo tais doutrinadores, entre os artigos 170 e 174 da Constituição –, um campo em que o Estado exerceria sob o regime de exclusividade, configurando verdadeiro privilégio estatal – os serviços públicos, disciplinados no artigo 175 –, e, ainda, um campo de atividade econômica sujeita a um regime de monopólio – disciplinado no artigo 177.

Cumprido esclarecer, desde já, que não se vislumbra aqui grande relevância na distinção entre monopólio e privilégio.¹³ Isso porque o próprio artigo 21, inciso XXIII, fala em monopólio e, em suas alíneas, trata da possibilidade de autorização, sob o regime de permissão, da exploração de algumas atividades relacionadas ao inciso. Além disso, a Emenda Constitucional nº 09/95 trouxe à baila a possibilidade de contratação de empresas privadas no âmbito deste monopólio.

A despeito de tal distinção traçada pela doutrina, cada vez mais, tal divisão vem perdendo campo. Nesse sentido, remete-se aos argumentos já expostos no item anterior acerca da noção de que o serviço público não implica um regime monopolístico ou de privilégio – inclusive no que tange ao termo “autorização” presente nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição.

Além disso, a própria reforma regulatória experimentada pelo Brasil na década de 90 reduziu significativamente a importância de tal dicotomia. Cita-se, por exemplo, o estabelecimento de concorrência entre empresas públicas e privadas na comercialização de energia, no âmbito do setor elétrico (artigo 4º da Lei 10.848/04), ou mesmo a inserção do instituto da concessão no âmbito da comercialização de gás, que não é encarado tanto pela doutrina quanto pela própria legislação como serviço público (artigo 1º, §2º, da Lei 11.909/09).

Quanto a esse ponto, relevante se mostra mencionar a posição de Vitor Rhein Schirato:

Diante da locução tão clara do artigo 175 da Constituição Federal, parece-nos evidente que não há, no bojo do texto constitucional, qualquer disposição que determine que os serviços públicos tenham que ser prestados em regime de exclusividade, seja estatal, seja de um delegatário privado (SCHIRATO, 2012, p. 183-184).

Para o autor, é um equívoco a constatação de que uma atividade, por constituir um serviço público, criaria automaticamente uma reserva *in totum* ao Estado, afastando-se conseqüentemente a livre iniciativa e criando um regime de exclusividade, por vezes, injustificável.

Assim, tem-se nítida a queda de importância da distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviços públicos.

¹² Nesse sentido, Grau (2010, p. 135-141).

¹³ Tais distinções ganharam força no julgamento da ADPF nº 46 (mais especificamente no voto do Ministro Eros Grau), em que se distinguiram as noções de “monopólio”, expressão empregada no âmbito das “atividades econômicas em sentido estrito”, e de “privilégio”, que remeteria à prestação dos serviços públicos pelo Estado em caráter de exclusividade. Com o declínio da importância de tal distinção – conforme aqui sustentado – referida classificação, de fato, perde importância. Além disso, a própria carga ideológica trazida pelo termo “privilégio” mostra-se incompatível com uma Administração Pública que busca se desvincular do estigma de autoritária.

4.2. Serviços públicos e serviços sociais

Outra dicotomia que vem perdendo relevo é separação entre “serviços públicos” e “serviços sociais”. Isso porque diversos critérios utilizados para distingui-los não mais prevalecem.

Primeiramente, em ambos os serviços é possível se falar em utilidade prestacional passível de fruição pelo usuário. Assim, descabida qualquer distinção nesse sentido.

Além disso, atualmente é possível se falar em delegação no âmbito dos serviços sociais – sobretudo após a Lei 11.079/04. São exemplos disso as delegações de serviços complementares do Sistema Único de Saúde, a possibilidade de delegação de outros serviços como as creches municipais, o PROUNI (possibilitou, de certo modo, uma delegação à iniciativa privada de prestação de serviços educacionais relativos ao ensino superior) etc.

Também se mostra inviável o argumento no sentido de que os serviços públicos seriam prestados mediante contraprestação enquanto os serviços sociais de forma gratuita. Isso porque é possível identificar serviços públicos que são prestados de forma gratuita, como o setor de radiodifusão. Além disso, nada impede que determinado ente opte por prestar determinado serviço sem custo aos beneficiários, financiando a prestação, por exemplo, com a receita dos impostos.

Por fim, a universalidade, apontada por alguns como elemento diferenciador, mostra-se inviável nesse sentido, haja vista que as metas de universalização podem atingir ambos os serviços.

5. Conclusões: o que são os serviços públicos contemporaneamente e quais as suas utilidades?

A análise dos dispositivos constitucionais pertinentes aos serviços públicos (notadamente os artigos do capítulo que trata da ordem econômica, dos dispositivos referentes às competências materiais dos entes federativos e dos demais que trazem tal expressão), associada às mudanças estruturais trazidas pela reforma regulatória experimentada pelo Brasil a partir da década de 90, acrescentando-se a isto a fragilização de distinções que anteriormente eram úteis para demarcar o campo dos serviços públicos, traz a este autor a compreensão de que o qualificativo serviços públicos – tratado em sua acepção mais restrita – refere-se a um *dever estatal, atribuído a determinado ente federado, contraposto a um direito do cidadão-consumidor, criado por opção política do próprio Estado (mediante lei ou pela própria Constituição) que, visualizando determinados “fatores justificantes” da avocação da titularidade (total ou parcial) de determinado serviço, criou para si a obrigação de zelar pela prestação dessa atividade, por meio de: intervenção direta, delegações, autorizações, exploração de privados mediante a forte presença da regulação, ou pela combinação destas formas.*

Melhor explicando, os serviços públicos devem ser encarados sob o prisma de um direito do cidadão. Assim, a decisão político-legislativa a respeito de ser ou não determinada atividade um serviço público, mais de que uma prerrogativa de exploração pelo Poder Público em um regime de monopólio ou exclusividade, deve ser encarada como um dever do ente federado de zelar pelo interesse público subjacente a tal atividade – que inclusive justificou a avocação dela – seja por meio de intervenção direta, seja por meio de delegação, ou ainda com a atuação da iniciativa privada mediante forte regulação.

Em sentido similar, defende Vitor Rhein Schirato que:

Os serviços públicos, assim, não são caracterizados como uma prerrogativa estatal que interdita o exercício de atividades econômicas por particulares. São caracterizados como

uma obrigação estatal (em sentido jurídico), a qual, só de forma episódica e específica, poderá impor restrições ao direito fundamental da livre iniciativa, conforme venha a ser proporcional para a realização de um dado direito fundamental (SCHIRATO, 2012, p. 328).

Assim, se em determinado setor a atuação privada auxiliar, por exemplo, no atingimento de metas de universalização da atividade, não haveria motivos para impedir, aprioristicamente, a atuação desses agentes, sob pena de violação do princípio da livre iniciativa.

Já, por outro lado, se a atuação do particular for potencialmente prejudicial à prestação da atividade – por exemplo, por imperativos de segurança – nada impedirá o Estado de atrair para si, desde que com previsão legislativa expressa, a exclusividade na prestação do determinado serviço. Além disso, há casos em que a atividade, pela sua própria natureza, torna inviável a prestação por mais de um agente.¹⁴ Nesses casos, evidentemente, a exclusividade da prestação estatal – seja por atuação direta, seja por delegação – será naturalmente exigida.

Contudo, essas hipóteses jamais poderão significar uma interdição apriorística da iniciativa privada no âmbito das atividades tachadas de serviços públicos.

Além disso, vislumbrando o Estado determinados “elementos justificantes” para avocação da titularidade de somente uma parcela de determinado setor, nada impede que a avocação da titularidade da prestação seja parcial.

Por fim, cumpre aqui dizer que é possível encarar o conceito de serviços públicos como um conceito gradual e não sob uma ótica de “tudo ou nada”. Ou seja, quanto maior o número de “elementos justificantes” da avocação da titularidade em determinado setor, mais próximo ele estará do conceito de serviços públicos. Assim, desnecessários se mostram os esforços para se criar uma categorização de atividades consideradas serviços públicos e outras que não possuem tal qualificativo.

Mais interessante direcionar os esforços para a realização de estudos setorizados – exigência cada vez maior no âmbito do Direito Administrativo – com o escopo de melhorar o funcionamento das diversas atividades consideradas serviços públicos, criando mecanismos visando garantir o interesse público inerente a cada uma delas, com o menor sacrifício ao direito à livre iniciativa consagrado constitucionalmente.

Desta feita, mostra-se extremamente relevante que se evolua no sentido de disciplinar os diversos setores econômicos, tanto por meio da edição de leis gerais – que exercem a importante função de estabelecer os princípios e diretrizes específicos do setor – tanto pela própria regulação – que tem a função de dar maior dinamicidade à constante necessidade de normatização dos setores.

6. Referências bibliográficas

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social dos Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHAES NETO, Eduardo Hayden. O Serviço Público no Direito Administrativo Contemporâneo. In: DI PIETRO; RIBEIRO (org.). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. Atlas: São Paulo, 2010.

¹⁴ Por exemplo, algumas fases do abastecimento de água ou do esgotamento sanitário.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras Formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, nº 1, fev/mar/abr 2005, Salvador.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.