

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

RAPHAEL CANDINI BASTOS

*Advogado
Especialista em Direito Notarial e Registral*

Resumo

A atribuição primordial da Administração Pública não é outra senão oferecer utilidades aos cidadãos, e, sua presença não encontra justificativa senão em prestar serviços à coletividade. Tais serviços hão de ser essenciais ou apenas úteis à comunidade, sendo necessária a distinção entre as formas de serviço público, em sentido amplo e estrito.

As limitações da Constituição Federal de 1988 evitam o abuso na delegação, permissão e concessão da execução desses serviços de modo a garantir a estabilidade econômica e jurídica nacional.

Palavras-chave: serviço público, atividade econômica em sentido amplo e estrito, Administração Pública.

Abstract

The main attribute of the Public Administration is none but offer utilities for the citizens, and, its presence finds no justification but in offering services for the collectivity. These services must be essentials or just useful for the community, being necessary the distinction of the forms of public service, in wide or narrow meanings.

The limitations for this subject found in the Federal Constitution of 1988 avoid abuses in the delegation, permission or concession in the execution of these services in way to assure national economic and juridical stability.

Key-words: public service, economical activity in wide and narrow meaning, Public Administration.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Serviço Público e Atividade Econômica em Sentido Estrito. 3. Serviços Públicos Privativos e Serviços Públicos Não-Privativos. 4. Formas de Prestação de Serviço Público. 5. Outras Considerações. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

1 - INTRODUÇÃO

Matéria em voga na atualidade, a prestação de serviços públicos através de delegação, concessão ou permissão, é regulada pelo art. 175, da Constituição Federal.

Dispõe tal artigo sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como sobre as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação da manutenção da qualidade do serviço.

Este tipo de atividade deve ser prestado à sociedade pelo Poder Público, que pode fazê-lo de forma centralizada, descentralizada ou desconcentrada, sendo que as diferenças entre essas formas serão tratadas no decorrer deste trabalho.

2 - SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO

Antes de adentrar a discussão do art. 175, da Constituição Federal, importa fazer uma breve distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito.

Eros Grau sustenta que a distinção entre um (serviço público) e outra (atividade econômica em sentido estrito) é função das vicissitudes das relações entre as forças sociais. E esclarece:

Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata e potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou de outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um ou e outro, capital e

trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é (...) decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.¹

Assim, o intérprete deve ter a compreensão de que *serviço público* não é um conceito, mas noção, plena historicidade.

Por isso, ainda segundo aquele autor, é equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público, porque assim estar-se-ia privilegiando a forma em detrimento do conteúdo. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; e não o inverso, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.²

Se consagrado o entendimento de que serviço público é atividade em regime de serviço público, bastaria que o legislador atribuísse a qualquer atividade, mesmo àquela que se caracterize como atividade econômica em sentido estrito, regime de serviço público, com o que o preceito inscrito no art. 173 da Constituição Federal seria letra morta.

Sustenta ele ainda que, embora seja dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, existem hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria.

3 - SERVIÇOS PÚBLICOS PRIVATIVOS E SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO-PRIVATIVOS

Assim, cumpre distinguir, desde logo, os *serviços públicos privativos* dos *serviços públicos não-privativos*.

Entre os primeiros estão aqueles cuja prestação é privativa do Estado (União, Estado-membro, Distrito Federal ou Município), ainda que admitida a possibilidade de entidades do setor privado desenvolvê-los, apenas e tão somente,

¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 140-141

² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 142-143.

contudo, em regime de concessão ou permissão (art. 175). Entre os restantes – *serviços públicos não-privativos* – estão aqueles que têm por substrato atividade econômica desenvolvida tanto pelo Estado, enquanto serviço público, quanto pelo setor privado, caracterizando-se tal desenvolvimento, então, como *atividade econômica em sentido estrito*.

Exemplos típicos de serviços públicos não-privativos são a educação e a saúde.³ Exemplos de *serviços públicos do tipo privativo* são encontrados no art. 21, incisos XI, XII e XXIII⁴, no § 2º, do art. 25⁵, e no art. 30, inciso V⁶, donde se pode extrair a conclusão de que há serviço público de titularidade da

³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

⁴ 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

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

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95);

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional;

b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 49, de 2006)

⁵ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)

⁶ 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.

União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, respectivamente.

Eros Grau pondera, todavia, que, ainda que isso não seja rigorosamente correto, tem-se entendido que a definição constitucional de determinada *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* afasta qualquer dúvida que se pudesse opor a sua caracterização como tal.

Mas ele mesmo adverte que tal critério deve ser objeto de cuidadosa reflexão, partindo do seguinte raciocínio:

- as atividades econômicas em sentido estrito, embora sejam de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado, nas hipóteses previstas no art. 173, isto é, quando necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo;
- não obstante isso, a atividade do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, como agente econômico, também é prevista pelo art. 177, cuidando-se, aí, de atuação em regime de monopólio. Além disso, também há previsão de atuação em regime de monopólio no art. 21, inciso XXIII. Porém, pondera que este último configura também a prestação de serviço público. Ora, a redação do inciso XXIII, do art. 21, é reproduzida no inciso V, do art. 177, o qual, por sua vez, configura intervenção do Estado no campo da atividade econômica em sentido estrito, ou seja, reservado à iniciativa privada;
- além disso, a noção que se deve ter de serviço público, repleta de historicidade, é decorrente de se saber se a atribuição constitucional de determinada competência ao Estado atende à imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício ao Estado;
- no caso do inciso XXIII, do art. 21, assim como no caso do inciso V, do art. 177, o que dita a exploração em regime de monopólio pelo Estado são os imperativos da segurança nacional.⁷

Conclui-se, assim que o que determina a caracterização de determinada

⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 149-151.

parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é sua vinculação ao interesse social; ao passo que, ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função do imperativo da segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, o Estado desenvolve atividades econômicas em sentido estrito.

4 - FORMAS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Feitas essas considerações, é de se observar o disposto no art. 175:

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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Vê-se, logo, que o serviço público deve ser prestado à sociedade pelo Poder Público, que o pode fazer de forma **centralizada**, **descentralizada** ou **desconcentrada**, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles.⁸

A *forma centralizada* é a de que se utiliza o Poder Público para prestar o serviço por seus próprios órgãos, em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade. Em tais casos, o Estado é, ao mesmo, titular e prestador do serviço, que permanece integrado na denominada Administração direta.

O serviço é prestado de *forma descentralizada* quando o Poder Público

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 308

transfere sua titularidade ou, simplesmente, sua execução, por outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou a particulares individualmente.

Há *outorga* quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público.⁹

Há *delegação* quando o Estado transfere, por contrato (concessão) ou ato unilateral (permissão ou autorização), unicamente a execução do serviço, para que o delegado o preste ao público em seu nome e por sua conta e risco, nas condições regulamentares e sob controle estatal.¹⁰

A distinção entre serviço outorgado e serviço delegado é fundamental, porque aquele é transferido por lei e só por lei pode ser retirado ou modificado, e este tem apenas sua execução transpassada a terceiro, por ato administrativo (bilateral ou unilateral), motivo pelo qual pode ser revogado, modificado e anulado, como o são atos dessa natureza.

Por fim, o serviço é prestado de *forma desconcentrada* quando a Administração o executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, para facilitar sua realização e a obtenção pelos usuários. A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da descentralização, que é uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço de dentro de uma entidade e transferência a outra para que o execute com mais perfeição e autonomia.¹¹

Vê-se, assim, que não se deve confundir concessão com permissão nem com autorização. Todas são modalidades de serviços delegados ao particular, apenas por formas e com garantias diferentes: a concessão é delegação contratual e, modernamente legal; a permissão e a autorização consistem em delegações por ato unilateral da Administração – aquela com maior formalidade e estabilidade para o serviço, esta com mais simplicidade e precariedade na execução.¹²

De ressaltar-se que, não obstante isso, o inciso I, do parágrafo único, art.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 308

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 308

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 308-309.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999., p.355.

175, diz que a lei disporá sobre “o caráter especial do contrato” das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público. E não admite o *caput* daquele artigo a delegação de serviço público sob a forma de autorização, mas apenas sob as formas de concessão ou permissão.

5 - OUTRAS CONSIDERAÇÕES

Importante ainda transcrever a lição de José Afonso Silva sobre as formas das empresas estatais prestadoras de serviço público:

Cumprе salientar que a exploração dos serviços públicos (...) por empresa estatal não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiaridade, em relação à prestação de serviços públicos por entidades estatais ou por seus delegados. Portanto, também não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada. Significa dizer, pois, que a empresa estatal prestadora daqueles e outros serviços públicos pode assumir diversas formas, não necessariamente sob o regime jurídico próprio das empresas privadas. A natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras da reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque são entidades do próprio concedente, salvo, é claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária fica mais nítida).¹³

¹³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p.734.

Por fim, cabe indagar quem é competente para editar a lei a que se refere o parágrafo único do art. 175.

José Afonso da Silva entende que é cada uma das entidades concedentes, que pode ser a União (lei federal), os Estados (lei estadual), o Distrito Federal (lei distrital) e os municípios (lei municipal), porque o art. 175 não fala mais em lei federal, mas apenas em lei, ficando as diversas entidades sujeitas a apenas às normas gerais federais, conforme dispõe o art. 22, inciso XXVII.¹⁴

6 - CONCLUSÃO

Da leitura do art. 175 do texto constitucional extraem-se, ainda segundo Eros Grau¹⁵, algumas conclusões:

- em primeiro lugar, o concessionário do serviço público está sujeito a regime determinado, que supõe a celebração de contrato, dotado de caráter especial, isto é, a concessão, que supõe a adesão voluntária de um sujeito (o concessionário) à relação jurídica de concessão. Ainda que hoje se coloque sob vigorosa contestação o caráter contratual do instituto da concessão, visto que a relação se formaliza mediante a imposição, pelo poder concedente, de um certo número de cláusulas regulamentares, a celebração desse contrato expressa a aceitação, pelo concessionário, de capacidade para o exercício da atividade de serviço público, que lhe é atribuída pelo poder concedente. Já as empresas estatais não celebram nenhum “contrato de concessão” com o Estado, porque são constituídas visando à prestação do serviço público. Ocupam a situação de prestação de serviço público não em decorrência de manifestação de vontade própria, mas por imposição legal. Logo, quanto a estas não se estabelece absolutamente nada que corresponda à prorrogação de contrato e às condições de caducidade, fiscalização ou rescisão da concessão; nem quanto a elas se pode falar em licitação;
- o concessionário é beneficiado pela estipulação legal de política tarifária, isto é, tem direito à remuneração do serviço em

¹⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 734-735.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-164

condições de equilíbrio econômico-financeiro. O mesmo não ocorre com relação às empresas estatais prestadoras de serviço público, podendo o Estado até sujeitá-las a regime de atuação deficitária, na hipótese de pretender a prestação de serviço público aos usuários de forma subsidiada;

- vê-se que as concessionárias, assim como as permissionárias, visam ao lucro, enquanto as empresas estatais prestadoras de serviço público visam à satisfação do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.