

Serviços públicos no Brasil: uma análise a partir das esferas de titularidade

Public utilities in Brazil: analysis based on the “spheres of ownership”

Fernando Borges Manica(1); Fernando Menegat(2)

1 Doutor em Direito pela USP. Procurador do Estado do Paraná. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Positivo - Curitiba/PR.

E-mail: fernando@advcom.com.br

2 Professor de Direito Administrativo da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Positivo - Curitiba/PR. Membro da Comissão de Direito da Infraestrutura da OAB/PR. Advogado.

E-mail: menegat@advcom.com.br

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 14, n. 1, p. 253-274, Jan.-Abr., 2018 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Set. 21, 2016; Aceito: Dez. 28, 2016]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2018.v14i1.1575>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Este artigo enfoca a configuração dos serviços públicos dentro das esferas de titularidade delineadas na Constituição brasileira de 1988, analisando temas como a titularidade sobre os serviços públicos, suas hipóteses de delegação e as possibilidades de exploração pela iniciativa privada.

Palavras-chave: Serviço público. Titularidade. Concorrência. Delegação.

Abstract

This article focuses the configuration of the public utilities within the “spheres of ownership” as defined in Brazilian Constitution of 1988, analysing themes as the ownership over the public utilities, its delegation hypotheses and the possibilities of its exploration by the private initiative.

Keywords: Public utilities. Ownership. Competition. Delegation.

1 Introdução

É corrente na doutrina a tentativa de sistematização das atividades materiais atribuídas ao Estado brasileiro, muitas vezes reconduzidas à noção francesa clássica de *serviços públicos*. Muitas obras e artigos específicos já foram produzidas para tentar verticalizar esse que é um dos temas nodais do Direito público contemporâneo.

O presente ensaio tem como objetivo estudar as atividades prestacionais impostas ao Estado como instrumento de promoção do desenvolvimento humano a partir das esferas de titularidade dispostas no ordenamento constitucional pátrio. A partir dessa premissa, utilizando o método dedutivo, faz-se a análise e interpretação dos modos de desempenho das tarefas estatais, denominadas em solo pátrio de serviços públicos, serviços sociais e serviços de relevância pública.

O estudo do tema justifica-se pela necessidade de superação de teorias jurídicas estrangeiras incompatíveis com o sistema de garantias constitucionais trazidas pela Constituição pátria, bem como com a estrutura de imposição de deveres prestacionais ao Estado brasileiro. Essa superação é necessária para a adequada interpretação do regime jurídico de cada uma das atividades prestacionais de competência estatal, instrumentos essenciais ao desenvolvimento humano e social no Brasil.¹

2 Titularidade e competência

O alcance dos objetivos traçados pela Constituição brasileira depende da consecução de uma série de atividades sociais e econômicas, as quais são levadas a cabo pelo Estado e pela iniciativa privada (cidadãos, empresas e ONGs). Assim é que, evidentemente, os bens e atividades não foram todos atribuídos à titularidade do Estado, de modo que tanto o Estado quanto os entes privados são *titulares* de determinados bens e tarefas, com vistas ao atendimento de seus interesses e finalidades.

Historicamente, a titularidade esteve ligada à ideia de imposição. Isso porque, no percurso de consagração constitucional de tarefas estatais, originariamente constavam apenas aquelas ligadas ao exercício do poder. Esse quadro mudou a partir do momento em que passaram a ser outorgadas ao Estado, além de competências políticas, voltadas à ordenação da sociedade, também competências prestacionais e promocionais, voltadas à satisfação de necessidades sociais e humanas. Essa ampliação das tarefas estatais implicou mudança na forma de se compreender a própria estrutura do Poder Executivo do Estado, que deixou de ser referida como *puissance publique* (potestade pública), passando a ser reconhecida como uma *Administração Pública* voltada à prestação de *serviços públicos*. Muito mais do que a mudança de rótulo, essa transição teve como

1 O presente artigo contém reflexões realizadas pelos seus autores por ocasião da redação de obra de sua autoria, a ser publicada em breve.

consequência transformações na própria estrutura e funcionamento do aparato estatal, que se tornou mais amplo e complexo.

Considerando a previsão constitucional de uma série de missões e deveres a serem cumpridos pelo Poder Público, a exegese correta da titularidade na esfera pública exige a compreensão de que, ao atribuir ao Estado a titularidade sobre dado bem ou atividade, está o ordenamento prevendo uma *competência*, e, por isso mesmo, uma *responsabilidade* ao ente estatal. A titularidade estatal sobre uma atividade não importa, portanto, o reconhecimento de uma potestade estatal, mas sim de uma *responsabilidade de agir*, que pode envolver ou não o uso da força. Percebe-se, assim, a passagem histórica da noção de titularidade enquanto poder/*puissance* para a noção de titularidade enquanto dever/responsabilidade.

Nesse prisma, as atividades sociais e econômicas necessárias à consecução dos fins do Estado encontram-se inseridas nas *esferas de titularidade*, delineadas pela Constituição brasileira por meio da outorga de competências. Nessa medida, as competências outorgadas pela Constituição ao Estado brasileiro envolvem o dever de desempenhá-las de modo adequado e satisfatório ao alcance dos fins previstos no texto constitucional. Daí dizer-se que as competências atribuídas ao Estado são *funcionalizadas*, no sentido de que seu exercício é instrumento para o atingimento dos fins do Estado.

2.1 Os três setores de titularidade na Constituição de 1988

O estudo da temática dos serviços públicos aqui proposto tem por ponto de partida a delimitação constitucional das esferas de competência de cada ator social sobre os bens e atividades econômicas. E, ao que se constata, é bastante nítida a existência de três esferas de titularidades bastante delimitadas pela Constituição de 1988, atinentes às atividades de responsabilidade do Estado, de responsabilidade privada e de responsabilidade compartilhada.

Nesse esquema, é possível especificar as atividades abrangidas por cada esfera de titularidade:

a) *Esfera de titularidade estatal*, composta por dois grupos de atividades expressamente previstos pela Constituição: (i) as atividades políticas, que envolvem a tomada de decisões e a possibilidade do uso da coação material, como a jurisdição, a legislação e o governo; o exercício do poder de polícia, a segurança pública e a regulação; e (ii) o conjunto de atividades econômicas assumidas pela Constituição como responsabilidade do Estado, como a prestação dos *serviços públicos econômicos* (art. 175, *caput* da Constituição) e a exploração de *atividades econômicas em sentido estrito* (art. 173, *caput*, da Constituição).

b) *Esfera de titularidade privada*, de caráter residual, integrada por todas as demais atividades econômicas, não atribuídas ao Estado por meio de expressa outorga

de competência. Essa esfera é iluminada pelos princípios da liberdade de iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único da CF/88), da propriedade privada (art. 170, II da CF/88) e da livre concorrência (art. 170, IV da CF/88), dentre outros, sendo que toda e qualquer atividade que não tenha sido expressamente extraída da livre iniciativa *pela própria Constituição* não pode ser vedada à iniciativa privada.

c) *Esfera de titularidade compartilhada*, formada pelas atividades sociais objeto de *dupla outorga de competência* – tanto ao Estado quanto à iniciativa privada. Esse grupo é formado pelos *serviços públicos sociais* e dos *serviços de relevância pública*, como a saúde (art. 196 e 199, *caput* da CF/88), a previdência (art. 201 e 202 da CF/88), a assistência social (art. 204 da CF/88), a educação (art. 205 e 209 da CF/88) e a cultura (art. 215 e 216 da CF/88).

A visualização das três esferas de titularidade permite a identificação do ente (estatal ou privado) apto a exercer, por iniciativa própria, cada uma das atividades políticas, econômicas e sociais necessárias à sobrevivência e desenvolvimento de uma sociedade. Essa delimitação é trazida pela Constituição e pode ser complementada pela legislação infraconstitucional, desde que a lei não acarrete supressão de competências estatais, nem eliminação da esfera de atuação privada. É dizer: enquanto a *diminuição* da esfera de titularidade estatal originalmente prevista pela Constituição apenas pode ocorrer por meio de emenda constitucional, sua *ampliação* pode se dar tanto por meio de lei ou de emenda constitucional, desde que respeitado em qualquer caso o princípio da livre iniciativa, alçado à condição de cláusula pétrea por ser direito fundamental em matéria econômica. Ao tema se retornará adiante.

2.2 Titularidade e atuação

A atribuição de competências pela Constituição gera, como regra, a *reserva de titularidade*, de modo que a iniciativa sobre a atividade em questão fica reservada à pessoa à qual fora atribuída a competência. As únicas exceções à reserva de titularidade estatal ocorrem nos casos em que a própria Constituição atribui expressamente competência sobre a mesma atividade tanto para o Estado quanto para a iniciativa privada. Nesse caso, há *titularidade mista*, *dupla titularidade* ou *titularidade compartilhada* entre o Estado e a iniciativa privada. Assim, ao outorgar competências ao Estado, a Constituição interdita sua exploração espontânea e autônoma pela iniciativa privada.

Em sentido oposto, as atividades de titularidade privada são todas aquelas não atribuídas expressamente à competência estatal. Pelo princípio da livre iniciativa, atendidos os requisitos previstos em lei, é facultado ao privado o exercício de todas as atividades sociais e econômicas que não tenham sido atribuídas constitucionalmente ao Estado. A titularidade privada é, assim, implícita e residual, pois se refere a atividades não atribuídas ao Estado e não dependes de norma expressa de competência. Mas,

assim como a titularidade estatal, a titularidade privada também é reservada, sendo que seu exercício pelo Estado apenas poderá ser efetivado em casos excepcionais, segundo critérios delimitados constitucionalmente.

Ocorre que, independentemente das esferas de competência delimitadas pela Constituição, autoriza-se que o agente não titular explore atividades que se situam fora de seu campo de competências. Quer dizer: o fato de a Constituição delinear duas esferas de ação privativas (titularidade estatal e titularidade privada) e uma esfera de atuação mista não significa que determinado agente seja impedido de atuar em esfera alheia a sua titularidade.

Propõe-se uma classificação: quando o próprio agente (estatal ou privado) exerce uma atividade de sua esfera de titularidade, sua atuação é *endógena* ou *intrasetorial*. Já quando um agente atua fora de sua esfera de titularidade, tem-se aqui a *atuação exógena* ou *intersetorial*. Assim, a atuação *exógena* ocorre quando um agente (seja o Estado ou iniciativa privada), denominado nessa hipótese de *agente invasor*, explora atividades que se situam fora de sua esfera de titularidade. Enquanto a atuação *endógena* independe de qualquer título habilitante de ação,² nos casos de atuação *exógena* o agente invasor deve, necessariamente, possuir um *título jurídico habilitante*, especificamente voltado ao exercício da atividade que não lhe é ínsita.

Esse título é previsto nas duas vias: **a)** Para atuação estatal na esfera de titularidade privada, o título habilitante é aquele previsto no art. 173 da Constituição: o reconhecimento, *em sede legislativa*, de um *relevante interesse coletivo* ou de um *imperativo de segurança nacional* que justifique a intervenção estatal na esfera privada;³ **b)** Para atuação privada na esfera de titularidade estatal, os títulos habilitantes estão previstos no artigo 21, incisos XI e XII e no artigo 175 da CF/88, que tratam dos institutos da *concessão*, *permissão* e *autorização*,⁴ por meio dos quais o Estado franqueia ao particular a exploração de atividades de sua titularidade.

- 2 Questão diversa é a possibilidade de o Poder Público, no exercício de sua *função administrativa de policial ordenação*, exigir uma *autorização de polícia* por parte do particular para o desempenho de determinada atividade. Essa exigência encontra-se prevista no art. 170, parágrafo único da Constituição, que dita ser “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Deve-se notar que, por intermédio dessa autorização de polícia, o Poder Público apenas verifica o atendimento a determinadas condições (saúde, segurança, meio ambiente, etc.) pelo particular, *declarando* seu direito ao exercício da atividade que se encontra em sua esfera de iniciativa. Autorização como tal não configura *título habilitante* algum, visto que apenas *declara* um direito que preexiste à autorização, nada *constituindo ex novo* na esfera jurídica do particular autorizado.
- 3 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
- 4 Trata-se da *autorização regulatória*, que não se confunde com a autorização de polícia prevista no art. 170, parágrafo único da Constituição. Sobre o tema, conferir: MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. 363 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.

Na atuação *exógena*, tanto o Estado quanto o particular, quando invasores, exercem atividades *em nome próprio*. Isso porque o *título habilitante* promove o trespasse da execução daquela atividade especificamente ao agente invasor, que não assume a titularidade da atividade, mas apenas sua execução, nos termos previstos pelo próprio título habilitante. Daí que, na atuação *exógena*, o regime jurídico incidente sobre a atividade desempenhada será muito similar àquele seguido na execução da atividade por seu titular.

Já na esfera de *titularidade compartilhada*, tanto Estado quanto iniciativa privada atuam em nome próprio, razão pela qual não há necessidade de obtenção de qualquer título habilitante. Entretanto, a atuação privada nessa esfera pode ocorrer de duas maneiras: (i) por iniciativa privada, na condição de *serviço de relevância pública*, sob regime privado; e (ii) por iniciativa estatal, na condição de *serviço público social*, sob regime público. Neste segundo caso, não há propriamente um título habilitante (já que o privado já é apto a atuar no setor), mas sim um *título condicionante* do exercício da atividade por parte do privado sob regime público e outorga estatal. Por não se tratar de um mecanismo de ampliação da esfera de titularidades prevista no texto constitucional, o título condicionante não possui previsão expressa na Constituição, sendo previsto pela legislação infraconstitucional. Aqui a hipótese é de atuação endógena (na própria esfera de dupla titularidade), mas com importante diferença quanto ao regime jurídico incidente, que varia conforme a iniciativa da atividade (estatal ou privada).

3 Os serviços públicos no contexto das esferas de titularidade

Serviço público não constitui um conceito lógico-jurídico. Trata-se de uma noção cujo conteúdo é passível de ser extraído da Constituição e da realidade histórica,⁵ e não de construções doutrinárias tradicionais, possivelmente desconectadas do texto constitucional e da própria realidade social. É por isso que Marçal JUSTEN FILHO afirma ser “[...] impossível formular um conceito genérico de serviço público com aspiração a uma validade universal [...]”, já que “[...] cada conceito reflete as características de um ordenamento jurídico, num determinado momento histórico [...]”.⁶ É também por conta disso que, ao importar conceitos advindos de ordenamentos

5 Não se trata de *definir essências*, mas de buscar indicadores que *viabilizem a aplicação de normas jurídicas*, como assinalou Eros Grau (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 77).

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17. No mesmo passo, afirma Jèze que “para saber se existe serviço público propriamente dito é necessário averiguar se essa foi a intenção dos governantes, e esta vontade se aprecia não por uma característica particular essencial, senão por um conjunto de sinais” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948. p. 292).

estrangeiros, deve-se sempre fazê-los passar pelo filtro constitucional, de modo a buscar, ao máximo possível, um “serviço público à brasileira”.⁷

Nessa perspectiva, deve-se ressaltar a maleabilidade da noção de serviço público, que pode assumir acepção mais ou menos ampla, a depender do contexto em que utilizada. Em um *sentido amplíssimo*, serviço público corresponde a toda e qualquer atividade exercida pelo Estado. Nesse sentido, são serviços públicos todas as atividades estatais, incluindo aquelas desenvolvidas pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo. Em *sentido menos amplo*, serviço público é entendido como aquele conjunto de prestações estatais exercidas pelo Poder Executivo, incluindo as atividades ordenadoras, como as atividades de fiscalização, vigilância e controle. Já em *sentido estrito*, serviço público diz respeito ao conjunto de atividades prestacionais em relação às quais o Estado assume responsabilidade pela garantia de sua oferta em favor da sociedade, podendo ser exercidas diretamente pela Administração Pública ou por entes privados, sob um regime jurídico que garanta sua estabilidade, continuidade, eficiência e adequação. Para o Direito, o sentido estrito de serviço público é que possui mais utilidade, pois corresponde a um determinado conjunto de leis que formam seu regime jurídico.

Ademais, o serviço público não é um *objeto*, ou seja, um dado concreto extraído da realidade. Ao revés, trata-se de uma *qualificação especial legislativamente atribuída a uma atividade*, por possuir características especiais e, conseqüentemente, pelo regime jurídico especial a que deve estar submetida. É mediante uma *decisão política*, normativamente positivada, que determinadas atividades são *qualificadas como* serviços públicos: a atividade não nasce serviço público *ab ovo*, mas é alçada como tal através do Direito.

Portanto, conclui-se nessa primeira aproximação que, salvo algumas exceções constitucionalmente dispostas, não há no Brasil serviços públicos “em si mesmos”,⁸ mas sim critérios constitucionais que dirigem sua instituição. E o foco da definição *jurídica* de serviço público está, segundo posição aqui defendida, na presença *concomitante* do critério orgânico (*titularidade pública*) e formal (*regime jurídico* a que está submetida a prestação da atividade legislativamente qualificada como tal, um regime especial, conformado predominantemente por normas de *direito público*, calcado na noção de “servido adequado” e balizado por princípios como o da continuidade, modicidade, universalidade e atualidade).

7 Expressão extraída de: COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 479.

8 “Pretender que certas atividades são ‘em si mesmas’ serviço público significa que, consagradas ou não legislativamente como tal, assim devem ser havidas. Um conceito desta ordem não serve para o jurista” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 12).

Noutras palavras: a atividade qualificada como serviço público no Brasil: (i) será de titularidade estatal, nos termos do art. 175 da Constituição (elemento subjetivo ou orgânico); e (ii) submeter-se-á a um regime jurídico especial, essencialmente de direito público, nos termos do mesmo art. 175 e da Lei n. 8.987/95 (elemento formal). Quanto ao elemento material, é o *legislador* quem apreende as características materiais da atividade (ou seja, sua essencialidade socioeconômica) e a normatiza conferindo regime jurídico especial à sua prestação.⁹ Ao intérprete resta analisar como o legislador definiu o regime jurídico da atividade, para saber se ela é ou não qualificada – normativamente, portanto – como serviço público.¹⁰ Se existe uma “essência” do serviço público, esta é sopesada unicamente pelo legislador, e não pelo intérprete, perdendo importância após a positivação.

Ultrapassada essa etapa, vislumbra-se no texto constitucional brasileiro a utilização da expressão *serviço público* ora no sentido amplíssimo supracitado, para se referir a *toda e qualquer atividade desempenhada pelo Estado*,¹¹ ora em seu sentido estrito, com referência a uma determinada modalidade de *atividade administrativa prestacional em relação à qual o Estado assume a responsabilidade por sua oferta*. Neste segundo caso, que interessa ao presente estudo, encontram-se referências constitucionais a *três conjuntos* de atividades:

- I. aquelas direta e expressamente qualificadas como serviços públicos pelo próprio texto constitucional, sendo esse o caso dos serviços públicos de saúde¹² e dos serviços públicos de transporte urbano;^{13, 14}
- II. aquelas em relação às quais a Constituição outorgou competência para sua prestação pelo Estado, donde se destacam os serviços previstos no artigo

9 Já dizia Jèze que “[...] corresponde averiguar a intenção dos governantes, somente no que se refere à atividade administrativa considerada. Fala-se única e exclusivamente de serviços público quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento do serviço público. A intenção dos governantes é a única coisa que deve ser considerada [...]” (JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo II. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 18-19).

10 É claro que a doutrina pode discordar das escolhas do legislador, e afirmar que uma atividade qualificada como serviço público não deveria sê-lo, e vice-versa. Isso, no entanto, não retira do legislador o papel de definir normativamente quais atividades serão alçadas a tal patamar.

11 Tal sentido é encontrado, dentre outros, no artigo 20, IV; artigo 37, XIII; artigo 39, § 7.º; artigo 40, § 1.º, III e § 16 da Constituição Federal. Essa noção ampla de serviços públicos, relacionada ao conjunto de atividades estatais, é típica da teoria francesa de serviço público, cf.: MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 17.

12 Artigo 34, inciso VII, alínea e; no artigo 35, inciso III; no artigo 167, inciso IV; e no artigo 198 e seu parágrafo segundo; bem como no artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

13 Artigo 30, inciso V.

14 No art. 66 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a CF/88 refere-se aos “serviços públicos de telecomunicações”, em consonância com a redação original do art. 21, inciso XI do texto constitucional. Todavia, a redação do art. 21, XI foi alterada Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, passando a referir-se apenas a “serviços de telecomunicações”.

21 da Constituição, como o serviço postal e o correio aéreo nacional, os serviços de telecomunicações, os serviços de radiodifusão sonora, sons e imagens, o serviço de energia elétrica, a navegação aérea e aeroespacial, os serviços de transporte ferroviário e aquaviário, dentre outros; e

- III. aquelas em relação às quais há apenas a previsão de critérios gerais para sua qualificação como serviços públicos, extraídos do artigo 173 da Constituição Federal, que determina que o Estado apenas pode desenvolver atividade econômica, como *atividade econômica em sentido estrito* ou por meio da instituição de um *serviço público*, quando necessário *aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.¹⁵

De outro bordo, *exceto nos casos em que a própria Constituição houver expressamente qualificado determinada atividade como serviço público* – serviços de saúde e de transporte urbano –, nas demais hipóteses a reserva constitucional de titularidades ao Estado sobre determinada atividade *não importa sua automática qualificação como serviço público*.

Nesse passo, costuma-se inadvertidamente confundir duas incidências da *publicatio* que devem ser completamente apartadas: **(a)** a primeira, referente à titularidade estatal sobre determinadas *atividades econômicas*, a exemplo do que ocorre no art. 21, XI e XII da CF/88; **(b)** a segunda, referente à titularidade estatal sobre os *serviços públicos*, prevista no art. 175 do diploma constitucional. Assim, distinguem-se dois campos diversos de incidência da *publicatio*: **a)** o das atividades econômicas acometidas à titularidade estatal pelo próprio texto constitucional, em que a *publicatio* independe de sua qualificação legal como serviços públicos (p. ex., art. 21, XI e XII da Constituição); **b)** o das atividades livres à iniciativa privada, em que a *publicatio* ocorre somente após sua qualificação legal como serviço público – e atinge somente o conteúdo semântico dessa qualificação, sob pena de afronta à livre iniciativa.

Vislumbrar a não coincidência de tais previsões constitucionais permite atingir três conclusões absolutamente cruciais.

A primeira delas é que *a titularidade estatal sobre os serviços públicos, nos termos do art. 175 da CF/88, não implica que a atividade material que lhe sirva de substrato deva sê-lo em todos os casos*. Assim, *desde que o setor econômico em questão não tenha sido atribuído expressamente a algum dos entes federativos* (como ocorre com aqueles descritos no art. 21 da CF/88), haverá sempre a possibilidade de iniciativa privada *paralela* aos serviços públicos, preservando o princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica.

A segunda delas, no vetor oposto, é que *a atividade que tenha sido expressamente atribuída à titularidade do Estado não será necessariamente qualificada como serviço*

15 O entendimento de que os critérios constitucionais para a criação de serviços públicos encontram-se no artigo 173 da Constituição não é predominante na doutrina. Sobre o tema: MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 119-122.

público, apenas por conta de tal atribuição. Ora, tomado isoladamente, o fato de uma atividade ter sido atribuído pela Constituição à esfera de titularidade estatal não determina *tout court* a existência de um serviço público, sendo necessária a edição de lei que, disciplinando a atividade em questão, opere sua qualificação como serviço público. Daí a possibilidade de que, por exemplo, os serviços de telecomunicações (previstos no art. 21, XI da Constituição) sejam explorados como serviços públicos e como atividades econômicas *concomitantemente*, a depender do regime jurídico a que estiver submetido o seu prestador – regime este que, por sua vez, está intimamente relacionado ao título jurídico habilitante do exercício da atividade em questão (concessão, permissão ou autorização regulatória), nos termos da legislação setorial.

Por fim, uma terceira ilação: mesmo nos casos de atividades *reservadas* à titularidade estatal e *qualificadas como serviços públicos*, é possível cogitar na possibilidade de sua exploração privada, independentemente de qualquer título habilitante estatal de atuação exógena. Tal ocorrerá nos casos em que a prestação pelo privado não conflite com o *conteúdo semântico* da qualificação legal da atividade como serviço público, sob pena de ofensa à *publicatio*.¹⁶ Assim ocorre, por exemplo, com o fornecimento de água mineral: ainda que o Poder Público titularize os serviços de saneamento básico, nada impede que privados explorem, sob regime da livre iniciativa, o comércio de água envasada, vendida livremente nos supermercados. É também esse o caso da geração solar de energia elétrica em calculadoras ou da comunicação residencial via interfones: tais atividades, apesar de integrantes do setor de energia e do setor de telecomunicações, claramente não apresentam os requisitos necessários para sua qualificação como *serviços públicos*, não integrando o cerne da *publicatio* constitucionalmente outorgada ao Estado.

Em *última* análise, destarte, a atribuição de competências a determinado ente federativo configura determinação para que a lei institua o regime jurídico que vai disciplinar a prestação de cada uma das atividades integrantes do setor, parte das quais poderá ser por ela qualificada como serviço público. De outro lado, parte das atividades relacionadas, de acordo com o estágio de evolução tecnológica, social e econômica, pode ser prestada de modo desvinculado de qualquer critério que legitime sua qualificação como *serviço público*.¹⁷ Noutras palavras: nem todas as

16 Nesse ponto o raciocínio, ainda que parta de premissa diversa, corrobora as consequências apresentadas por Vitor Schirato, condizentes com a possibilidade de convivência entre serviços públicos e atividades econômicas paralelamente prestadas por particulares. Sobre o tema, cf.: SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 288 ss.

17 É o caso típico do setor de energia elétrica, no qual até algum tempo atrás não havia condições técnicas de segregação das atividades envolvidas de geração até sua comercialização aos consumidores finais. Nessa época, todo o setor configurava serviço público e era explorado em regime de monopólio, por tratar-se, em tais condições tecnológicas, de um monopólio natural. Não obstante, com o desenvolvimento tecnológico recente, surgiu a possibilidade de segregação das atividades, de modo que foi implantado o regime de competição no âmbito da geração e (ainda que parcialmente) da comercialização de energia.

atividades integrantes de determinada área serão necessariamente qualificadas como *serviço público*; dentro de cada setor cuja competência para exploração foi atribuída a determinado ente estatal, a definição daquelas atividades especificamente qualificadas como *serviço público* constará da lei que regulamentar o respectivo setor.

3.1 Serviços públicos econômicos

Serviços públicos econômicos correspondem ao conjunto de atividades econômicas em relação às quais a Constituição de 1988 atribuiu competência estatal para prestação direta ou indireta, sob um regime jurídico específico que garanta a estabilidade, continuidade e universalidade de sua oferta a todos que dele necessitem. Tais serviços públicos são qualificados como *econômicos* justamente por terem como objeto uma *atividade econômica*, entendida como a organização dos fatores de produção com vistas ao atendimento de uma necessidade humana focada na obtenção de lucro. Os serviços públicos econômicos podem ser também denominados de *serviços públicos de primeira geração* porque foram instituídos durante o Estado Liberal, em decorrência da consagração dos direitos fundamentais de primeira geração, instituídos a fim de possibilitar a exploração privada, pela via concessória, de atividades voltadas à criação e gestão de infraestruturas, como gás, ferrovias e eletricidade.

Atualmente, a Constituição brasileira relaciona uma série de atividades econômicas *passíveis de qualificação legal* como serviços públicos econômicos: **a)** serviço postal e correio aéreo nacional (art. 21, X); **b)** serviços de telecomunicações (art. 21, XI); **c)** serviços de radiodifusão sonora e de sons e de imagens (art. 21, XII, “a”); **d)** serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água (art. 21, XII, “b”); **e)** navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”); **f)** serviços de transporte ferroviário e aquaviário (art. 21, XII, “d”); **g)** serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”); **h)** serviços portuários (art. 21, XII, “f”); **i)** serviços de cartografia, geologia, geografia e estatística (art. 21, XV); **j)** serviços e instalações nucleares (art. 21, XXIII); **l)** serviços de gás canalizado (art. 25, §2º); **m)** transporte coletivo (art. 30, V); **n)** exploração de jazidas e recursos minerais (art. 176); **o)** exploração de petróleo, gás natural e demais hidrocarbonetos fluidos (art. 177).¹⁸

18 As atividades previstas pelo art. 177 da CF/88 são tradicionalmente excluídas pela doutrina do rol de serviços públicos e enfrentadas como atividades econômicas exploradas pelo Estado. Todavia, conforme reflete Carlos Ari Sunfeld, o art. 177 da CF “não esclarece se tais atividades são serviços públicos [...] ou se são atividades econômicas em sentido restrito” (SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989. p. 97-98). A qualificação de tais atividades como serviço público ou não se dará, portanto, por ação do legislador infraconstitucional, a depender do regime jurídico que atribuir à sua exploração, não havendo uma orientação constitucional para um ou outro sentido.

Ademais, serão também serviços públicos econômicos aquelas atividades exploradas pelo Estado na forma do art. 173 da CF/88, quando a lei que instituir sua prestação pelo Estado expressamente atribuir-lhe o regime jurídico especial ligado aos serviços públicos.

Em suma, os serviços públicos econômicos correspondem àquelas atividades em relação às quais o texto constitucional brasileiro conferiu sua competência estatal, submetidas ao regime especial dos serviços públicos, passíveis de exploração lucrativa. Por isso, excetuada a hipótese do art. 173 da CF/88, os serviços públicos econômicos localizam-se na esfera de titularidade estatal e apenas podem ser desempenhados pela iniciativa privada de modo exógeno, mediante um *título habilitante* para tanto, conforme previsão geral constante do artigo 175 da Constituição de 1988 e disciplina legal específica daquela atividade.

Diferentemente da maior parte dos Estados Democráticos de Direito, a própria Constituição brasileira atribui ao Estado a titularidade sobre setores de atuação econômica passíveis de qualificação como serviços públicos econômicos (representados em grande medida pelo art. 21 da Constituição). Por isso, a *diminuição* dessa esfera de titularidade estatal sobre tais atividades apenas pode ocorrer por meio de emenda constitucional.

Já a *ampliação* do rol de serviços públicos econômicos pode ser efetuada mediante inovação legislativa infraconstitucional. Isso porque o próprio texto constitucional prevê hipóteses de intervenção estatal na esfera de titularidade privada, por meio do desempenho de atividades econômicas em casos de *relevante interesse coletivo* e de *imperativos de segurança nacional*. Tais requisitos encontram-se previstos no artigo 173 da Constituição de 1988 e pautam a exploração estatal de tais atividades tanto sob a forma de *atividade econômica em sentido estrito* quanto sob a forma de *serviço público econômico*.

No entanto, para que ocorra a instituição de serviços públicos econômicos em setores não previstos pelo texto constitucional, tal instituição deve se dar por meio de lei e *não pode trazer restrição ao princípio econômico da livre iniciativa*, previsto no art. 170, *caput* da Constituição e que configura *direito fundamental em matéria econômica*.¹⁹ Isso significa que a criação legislativa de novos serviços públicos em setores não previstos pela Constituição, a despeito de ser plenamente possível, deve respeitar o princípio econômico da liberdade de iniciativa, de sorte que *toda e qualquer atividade econômica que não tenha sido expressamente reservada à titularidade estatal exclusiva por parte do Constituinte originário não poderá sê-lo posteriormente, seja por obra do Constituinte reformador – já que a liberdade de iniciativa constitui cláusula pétrea*²⁰ –, *seja por obra do legislador infraconstitucional*.

A compatibilização do art. 173 da Constituição com o princípio da liberdade de iniciativa econômica ordena, portanto, que *sempre que o Poder Público optar por*

19 Art. 5º c/c art. 170 da CF/88.

20 Art. 60, §4º IV c/c art. 170 da CF/88.

instituir novos serviços públicos econômicos ou atividades econômicas em sentido estrito ante a autorização contida no art. 173, parte final, tal instituição não acarrete reserva de titularidade estatal do setor econômico em questão. Noutras palavras: a estatização de determinadas prestações dantes acometidas apenas à esfera privada, porque não resguardadas à titularidade estatal por força da Constituição, não pode importar a publicização de todo setor econômico respectivo, com atribuição de titularidade estatal exclusiva daquele setor de atividades e a consequente interdição da exploração à esfera privada. Desta feita, podendo criar novos serviços públicos econômicos, de um lado, o Estado terá de garantir, de outro lado, a manutenção da possibilidade de iniciativa privada paralela, estabelecendo-se cenário econômico de competição entre prestadores estatais e privados. Neste caso, haverá o deslocamento da atividade em questão do setor de titularidade privada para o setor de titularidade compartilhada, de sorte que tanto o setor privado (art. 170, *caput*) quanto o Estado (art. 175) nele atuarão endogenamente. Caso o Estado posteriormente perca interesse na exploração de tal serviço público, bastará que edite nova lei, operando a desqualificação da atividade em questão.

Retomando o que foi dito acima, deve-se notar que os serviços públicos econômicos foram durante boa parte do século XX monopolizados pelo Estado como se fossem atividades exclusivas e impassíveis de qualquer privatização. O raciocínio era o de que, porque uma atividade era qualificada como serviço público, ela deveria ser explorada monopolisticamente e diretamente pelo Estado, como se serviço público, *publicatio* e monopólio fossem realidades indissociáveis. Mas o Direito hoje vigente trouxe novos modelos de garantia dos serviços públicos, mediante o resgate e a ampliação da técnica concessória como forma de outorga da execução de serviços públicos à iniciativa privada, bem como mediante instituição de novas técnicas de outorga e regulação de tais atividades.

É nesse cenário que despontam as *autorizações administrativas regulatórias* enquanto títulos habilitantes da atuação privada exógena em setores econômicos de titularidade estatal, no entanto para prestar atividades econômicas não qualificadas como serviços públicos, porque exploradas sob regime predominantemente de direito privado. Ora, interessante aspecto da privatização dos serviços públicos econômicos tem consistido na crescente abertura dos mercados ocupados por atividades econômicas de titularidade estatal que têm sido delegadas ao setor privado, preferencialmente em regime de concorrência. Isso tem ocasionado a *convivência, num mesmo setor econômico, de atividades qualificadas como serviço público (prestadas diretamente pelo Estado ou por particulares mediante concessão e permissão) e atividades não qualificadas como tal (prestadas em regime privado por diversos agentes mediante autorização regulatória), em ambiente de competição regulada.*

3.2 Serviços públicos sociais

Serviços públicos sociais ou *serviços públicos de segunda geração* são atividades prestacionais voltadas à materialização dos direitos fundamentais sociais, desempenhadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob o regime jurídico específico que garanta sua estabilidade, continuidade e universalidade de oferta a todos que dele necessitem.

Do ponto de vista *econômico*, os serviços públicos sociais possuem a mesma natureza dos serviços públicos econômicos, já que sua prestação envolve a organização dos fatores de produção com vistas ao atendimento de necessidades humanas. Nesse ponto, a própria distinção entre os aspectos econômico e social deve ser levada em conta com a devida cautela.²¹ Do ponto de vista *jurídico*, os serviços públicos sociais também se assemelham aos serviços públicos econômicos, já que em relação a ambos existe a responsabilidade estatal por sua prestação e a vinculação direta ou indireta aos direitos fundamentais.

Nesse prisma, a principal diferença entre ambos reside no fato de que a titularidade sobre as atividades qualificáveis como serviços públicos sociais é *compartilhada* entre o Estado e a iniciativa privada. Entendeu acertadamente o constituinte que, quanto maior a oferta de serviços públicos sociais, maior o grau de satisfação dos respectivos direitos por eles materializados, correspondentes aos direitos fundamentais de segunda geração conhecidos como direitos sociais, consagrados pelos textos constitucionais a partir de meados do século passado. Daí a inexistência de reserva de titularidade estatal sobre as *atividades qualificáveis como serviços públicos sociais*, de modo que a titularidade sobre elas é compartilhada.

Disso resulta que as prestações voltadas à concretização dos direitos fundamentais sociais podem ser levadas a cabo tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. No caso de prestação estatal, a atividade será qualificada como *serviço público social*, pois deve respeito aos princípios do serviço público. Já no caso de iniciativa privada endógena, tratar-se-á de atividade considerada como *serviço de relevância*

21 Como ressalta Jacques Chevallier, a correlação entre o econômico e o social é lógica, de modo que ambos não constituem domínios separados, mas duas faces de uma mesma realidade: enquanto a economia diz respeito a um conjunto de processos de produção, circulação, troca e distribuição de bens e serviços, o social recobre toda e qualquer ordem relativa à vida e às relações de indivíduos e de grupos (CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 169). Conforme Fabio Nusdeo, a própria distinção padece de base científica, já que toda atividade reconhecida como social, geralmente associada ao atendimento de necessidades em relação às quais não há possibilidade de obtenção de lucro, é também econômica, na medida em que se refere à aplicação de recursos escassos para suprimento de necessidade humanas (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97). Assim, por óbvio, as ações e dos serviços de saúde podem ser classificados como bens econômicos, na medida em que envolvem uma conduta pessoal e, normalmente, bens materiais, ambos dotados de escassez, para atendimento de uma necessidade humana.

pública, a despeito da existência de interesse coletivo em sua prestação, esta se dará em regime estritamente privado, sem necessidade de observância dos princípios do regime jurídico dos serviços públicos. Como se verá adiante, o serviço de relevância pública é materialmente idêntico ao serviço público social, mas não segue o mesmo regime jurídico, pois a ele não se aplicam os princípios dos serviços públicos (que existem exatamente para reforçar a responsabilidade estatal sobre eles).

Uma tentativa de relacionar os serviços públicos sociais previstos pelo ordenamento constitucional brasileiro deve, portanto, partir da relação dos direitos sociais e avaliar se a competência outorgada ao Estado refere-se a uma competência prestacional ou meramente promocional. Nessa empreitada, constata-se que a Constituição outorga ao estado competência para a prestação dos serviços públicos sociais: **(a)** de assistência aos desamparados (art. 203 e art. 204); **(b)** de saúde (art. 23, II, art. 30, VII, art. 196 e art. 197); e **(c)** de educação (art. 30, VI, art. 205, art. 208, art. 211 e art. 213).

Com arrimo nesses fatores, sustenta-se a existência de uma categoria mais ampla de serviços instrumentais à garantia dos direitos sociais, denominada de *serviços sociais*. O gênero subdivide-se em duas espécies: os *serviços públicos sociais* (prestados pelo Estado sob o regime público) e os *serviços de relevância pública* (prestado pelos particulares sob o regime privado).

Deve-se atentar, a partir dessa importante distinção, que *o ordenamento brasileiro admite a prestação de serviços públicos sociais por entidades privadas*. Essa hipótese claramente difere da prestação privada de serviços de relevância pública, já que sobre ela incide o regime jurídico dos serviços públicos. Daí falar-se que a atuação do setor privado na prestação de serviços públicos sociais depende de um *título condicionante*, o qual limita a atuação privada pela imposição de uma série de exigências que não incidem sobre a execução de serviços de relevância pública. Esse é o caso, por exemplo das *parcerias público-privadas* e dos *contratos de gestão* nos setores de saúde e de educação. Quando uma empresa ou uma ONG presta serviços de saúde ou de educação nos termos de um contrato de concessão administrativa ou de um contrato de gestão, o regime jurídico incidente não é o mesmo da generalidade dos serviços de relevância pública. Isso porque, nesse suposto, a atuação da entidade privada, ainda que na própria *esfera de titularidade mista*, submete-se a uma série de restrições próprias dos serviços públicos, como a continuidade, adequação, gratuidade, eficiência, cortesia e atualidade.

Há divergência doutrinária acerca da aplicabilidade das concessões para os chamados “serviços públicos sociais não exclusivos”, vale dizer, as atividades pertencentes ao setor de titularidade misto que a Constituição permite sejam exploradas tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada. Parte da doutrina, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, opina que a Constituição de 1988, ao permitir a exploração privada de tais serviços públicos com base na livre iniciativa (ou seja, sem haver necessidade de um título habilitante emanado do Poder

Público), veda implicitamente o trespasse à iniciativa privada dessas mesmas atividades via concessão. A razão para isso é que, como a Constituição franqueou o acesso a tais atividades livremente pelos privados, com fundamento na livre iniciativa, não haveria sentido em se conceder essas mesmas atividades pelo Estado ao setor privado.²²

Esse entendimento merece ser superado. A uma, porque a atribuição de um dever ao Estado não guarda qualquer relação com a pretensa impossibilidade de sua exploração pelo setor privado. Para desfazer tal imagem, basta voltar os olhos ao art. 175 da CF/88, que, a despeito de atribuir um dever ao Estado, expressamente autoriza que tal dever seja realizado *indiretamente*, mediante recurso à figura da concessão. A duas, porque inexistente qualquer disposição constitucional proibitiva do trespasse de *serviços públicos não exclusivos* ou *de dupla titularidade* ao setor privado. Não é porque uma atividade submetida à *publicatio* foi também, e ao mesmo tempo, atribuída à titularidade privada que o Estado está impedido de lançar mão da figura da concessão. E isso por uma razão bastante simples: nas atividades de dupla titularidade, o regime jurídico de sua exploração é radicalmente diverso em se tratando de sua vertente pública e de sua vertente privada.

Como visto, na esfera de atividades de dupla titularidade, a competência do Estado refere-se ao dever de prestar serviços públicos sociais, regidos pelo regime jurídico dos serviços públicos. Nesse sentido, a atribuição de competência ao Estado e a delimitação de um regime específico para sua prestação opera a qualificação da atividade como autêntico *serviço público*, com os consequentes deveres de continuidade, universalidade, atualidade e etc. Diversamente, quando exploradas pelos privados com base na livre iniciativa, o regime de sua prestação será privado, ainda que dotados de uma regulação mais intensa em face de sua qualificação como *serviços de relevância pública*. Destarte, nas atividades de dupla titularidade há, também e por decorrência disso, uma duplicidade de regimes jurídicos: quando exploradas pelo Estado, tais atividades configurarão *serviços públicos* sociais submetidos a *regime público*; quando exploradas pelos privados com fundamento na livre iniciativa, configurarão *serviços sociais de relevância pública* submetidos a *regime privado*. Portanto, ainda que materialmente a atividade base de um serviço público social seja idêntica à de um serviço de relevância pública, juridicamente o regime incidente é absolutamente diverso.

Nessa perspectiva, a concessão administrativa (modalidade de Parceria Público-Privada) dos serviços públicos sociais promove o trespasse da exploração de serviços públicos sociais a empresas privadas, que vão explorar a atividade sob o regime de serviço público, com respeito a todos os princípios sobre ele incidentes. Não se trata, a rigor de uma *atuação privada exógena*, pois o exercício material da atividade é faculdade ao privado independente de qualquer título habilitante. A outorga estatal

22 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 697.

nestes casos não carrega um título propriamente habilitante, mas sim uma espécie de *título condicionante*, que impõe ao particular deveres relacionados à execução de um serviço público. É dizer: a outorga de serviços públicos sociais não investe o privado na possibilidade de exercitar atividade alheia, mas sim, possibilita e condiciona o exercício, pelo privado, de atividade que já lhe era permitida, mas sob o regime jurídico do serviço público de titularidade estatal.

A hipótese corresponde perfeitamente ao contido no artigo 175 da Constituição Federal, que prevê a concessão ou delegação de serviços públicos à iniciativa privada, sempre por meio de licitação. No caso dos serviços sociais de dupla titularidade, portanto, a concessão não se presta a franquear uma exploração privada exógena na esfera de atividades de titularidade estatal, mas sim uma atuação privada endógena na própria esfera de dupla titularidade, mas sob regime jurídico diverso.

Em conclusão, a atribuição de uma titularidade ao Estado significa o cometimento de um *dever de agir*, de *uma responsabilidade*, e não de um poderio. A hermenêutica dos deveres atribuídos pela Constituição ao Estado jamais pode conduzir à conformação de uma esfera blindada às parcerias com o setor privado: ao atribuir um *dever* ao Estado, demanda a Constituição que este *garanta* que aquela prestação exigida será entregue à sociedade, sem que haja qualquer determinação de que tal prestação seja realizada pelo próprio Estado. O dever, assim, não torna o Estado um necessário *executor*, e sim *garantidor*.

3.3 Serviços de relevância pública

O ordenamento jurídico brasileiro atribui ao Estado um importante plexo de competências, relacionadas ao desempenho de funções de cunho promocional. Ao exercer *tarefas promocionais*, o Estado incentiva, por diversas formas e instrumentos, a prática de determinadas condutas pelos privados, estimulando comportamentos tidos como benéficos para dadas finalidades de interesse público. Aqui, ao invés de prestar diretamente o serviço (seja pela execução *endógena* de tarefas públicas de titularidade estatal ou mista, seja pela execução *exógena* de atividades econômicas privadas), o Estado estimula o privado a fazê-lo, tanto mediante incentivos (estímulos positivos) quanto mediante represálias (estímulos negativos).

Trata-se da tarefa que parcela da doutrina costuma denominar de *fomento*, definida por Luis Jordana de Pozas como “[...] a ação da Administração destinada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas prestadas por particulares e que satisfazem necessidades públicas ou se consideram de utilidade geral, sem usar a coação ou criar serviços públicos”.²³ Nesse sentido, segundo Marcos Juruena

23 JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, p. 46, 1949.

Villela Souto, “o *fomento público* se destina a incentivar que atividades de interesse público sejam desempenhadas por particulares, desafogando a estrutura estatal”.²⁴

É importante destacar que a técnica do fomento e a técnica do serviço público, não se confundem. Como bem afirma Juan Carlos Cassagne, ambos diferem na natureza, nos fins e no regime jurídico. Dessa forma, enquanto o serviço público “[...] se concebe objetivamente como uma atividade prestacional intercorrente, de onde surge a necessidade, continuidade, etc. da prestação, o fomento aparece como uma ajuda, um estímulo, com o objetivo de que os particulares possam realizar suas próprias finalidades comerciais e industriais [e sociais]”.²⁵

As atividades privadas fomentadas pelo Estado são aquelas cuja execução são essenciais para a coletividade, mas que não dependem, para a garantia de sua prestação a todos que delas necessitarem, da criação de um serviço público. Pela importância de tais atividades à coletividade, é comum atribuir-lhes a denominação *serviços de relevância pública*.

A locução *serviços de relevância pública* é utilizada duas vezes na Constituição: para qualificar os serviços de saúde no art. 197, e para delimitar o rol de atribuições do Ministério Público no art. 129. Trata-se apenas de exemplos de atividades consideradas de relevância pública pela Constituição, não impedindo o reconhecimento, caso a caso, de outras atividades pela Administração Pública, em cada momento histórico e em cada estágio de evolução da sociedade.

Da mesma forma que os serviços públicos, os serviços de relevância pública também podem ter natureza econômica ou social. De um lado, a lei pode estabelecer a competência estatal de incentivo a *atividades econômicas*, passíveis de exploração lucrativa, cujo desenvolvimento em determinado momento é conveniente ao alcance dos objetivos do Estado. Muitos são os exemplos de fomento econômico, como a concessão de linhas de crédito diferenciadas e benefícios tributários especiais, como isenções e diminuição de alíquotas. De outro lado, no setor de *atividades sociais*, os serviços de relevância pública decorrem **(a)** de expressa definição constitucional, ou **(b)** de sua vinculação à garantia dos direitos sociais prestacionais.

No primeiro aspecto, são *expressamente* reconhecidas como serviços de relevância pública – aptas, portanto a receber estímulos estatais – diversas atividades voltadas à garantia dos direitos sociais dependentes de prestação. Note-se que em relação a algumas dessas atividades a Constituição foi além e, a despeito de atribuir ao Estado o dever de promoção, atribuiu-lhe também o dever de prestação de tais serviços: é o que acontece com os serviços de educação, de saúde e de assistência. Já em relação a outros

24 SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (Coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 33.

25 CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994. p. 91.

direitos sociais, a Constituição outorgou competência estatal meramente promocional, como é o caso da moradia (art. 23, IX), do desporto (art. 217), da ciência, pesquisa, tecnologia e inovação (art. 23, V e art. 218) e da cultura (art. 23, V e art. 215), que podem ser qualificadas como serviços de relevância pública sob esse aspecto.

No que toca ao segundo aspecto, percebe-se que, para além da outorga constitucional expressa de competência para a promoção de tais atividades, a lei pode estabelecer competência genérica para o incentivo estatal a todas as atividades vinculadas à materialização de direitos fundamentais dependentes de prestações. Nessa perspectiva, também podem ser tidos como serviços de relevância pública aqueles voltados à satisfação de direitos sociais como alimentação, lazer, trabalho, maternidade e infância.

Deve-se ressaltar, nesse ponto, que algumas leis do terceiro setor, ao tratarem das parcerias nas áreas sociais, fazem referência à expressão “fomento” para se referir à natureza jurídica dos repasses realizados pelo Estado a entidades do Terceiro Setor. Esse é o caso das parcerias com as Organizações Sociais e com as OSCIPs, conforme as leis n. 9.637/98 e n. 9.790/99. Contudo, deve-se ressaltar que as parcerias com o terceiro setor muitas vezes vão além da mera atividade de *fomento a serviços de relevância pública*, implicando verdadeira *atribuição de um serviço público social*, a ser prestado pela entidade sob o regime de direito público.

De todo o modo, o reconhecimento de uma atividade como sendo de *relevância pública* significa a ênfase atribuída pela Constituição de que tais atividades devem ser regulamentadas, incentivadas e controladas pela Administração Pública. Corroborando o acima dito, a essencialidade não é suficiente para determinar a qualificação de dada atividade como serviço público, já que grande parte das atividades privadas, alheias à esfera de titularidade do Estado, também são essenciais à coletividade. Daí a importância da noção de *serviços de relevância pública*, para se referir aos casos em que o Estado, sem ser necessariamente titular de determinada atividade, tem o dever de oferecer estímulos à sua execução pelo setor privado.

4 Considerações finais

A resposta da Constituição brasileira à histórica e ainda perdurante situação socioeconômica de subdesenvolvimento e de amplas desigualdades sociais, felizmente, foi o reconhecimento da responsabilidade estatal no provimento de serviços públicos (sociais e econômicos) básicos à população.

O grande desafio contemporâneo é, considerando a responsabilidade estatal na garantia de prestação das atividades qualificadas como serviços públicos, reinterpretar tal incumbência fora dos tradicionais parâmetros da *publicatio* enquanto reserva absoluta de exploração. Mesmo havendo exclusividade da titularidade estatal sobre

certas atividades econômicas, ainda que não qualificadas como serviços públicos diretamente no texto constitucional (a exemplo do art. 21 da Constituição), e ainda que haja reserva de titularidade estatal sobre os serviços públicos (art. 175 da Constituição), tais premissas não têm o condão de afastar as amplas possibilidades de atuação privada (endógena e exógena).

É exatamente esse o foco do corrente artigo: superar a visão parcial pautada no aspecto orgânico (*quem* pode prestar serviços públicos), rumo a uma visão pautada em sua dimensão finalística (*para que servem* os serviços públicos). Num cenário socioeconômico de crise, muito mais importante do que se apegar a um modelo pré-concebido (estatização *versus* privatização), é ter em mira a necessidade de se garantir à população o acesso a serviços que concretizem seus direitos fundamentais, independentemente de sua prestação ser pública ou privada.

A hermenêutica constitucional deve ter sempre em mira a máxima eficácia dos direitos fundamentais, alvo que demanda do jurista uma interpretação finalística e emancipatória (não cerrada e limitadora, portanto) do texto constitucional. No campo dos serviços públicos, destarte, é fundamental que o Estado, titular da atividade, possa optar entre prestar diretamente o serviço ou outorgá-lo à iniciativa privada, contanto que, neste último caso, lance mão efetivamente de seu poder de supervisão e regulação do serviço, de sorte a *garantir* (eis o verbo-chave) à população a efetiva e idônea satisfação de suas necessidades.

Referências Bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. 2.ed. Buenos Aires: Abeledp-Perrot, 1994.
- CHEVALLIER, Jacques. *Science administrative*. 3.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Tomo II. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48, p. 46, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MÂNICA, Fernando Borges. *O Setor Privado nos Serviços Públicos de Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MENEGAT, Fernando. *Autorizações administrativas regulatórias: A evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura*. 363 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 7.ed. Paris: Montchrestien, 2001.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). *Terceiro Setor, Empresas e Estado: Novas Fronteiras entre o Público e o Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Loterias estaduais na Constituição de 1988. *Revista de Direito Público*, n. 91, v. 22, Rio de Janeiro, jul./set. 1989.