



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

PEDRO HENRIQUE FERNANDES BARROS

**LIMITES AO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO NA DELEGAÇÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS**

Brasília

2016

PEDRO HENRIQUE FERNANDES BARROS

11/0135997

LIMITES AO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO NA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Fabiano Hartmann Peixoto.

Brasília

2016

PEDRO HENRIQUE FERNANDES BARROS

LIMITES AO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO NA DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito pela
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília à
banca examinadora composta por:

Professor Doutor Fabiano Hartmann Peixoto

Orientador

Professor Mestre Ricardo Barretto de Andrade

Membro da banca examinadora

Professor Especialista João Paulo Soares Coelho

Membro da banca examinadora

Brasília, 01 de julho de 2016.

AGRADECIMENTOS

À minha querida avó Sônia, por ter me ensinado a retidão de caráter e porque, sem ela, nada disso seria possível.

Aos meus pais, Ana e Sérgio, meus exemplos de vida, por me amarem mais que a si próprios e não terem medido esforços em me trazer até aqui.

Às pequenas Lara e Laura, que me dão forças para seguir em frente.

Ao meu avô José Fernandes, domador de palavras, que me ensinou não só os caminhos da língua portuguesa, mas também da vida.

Ao meu tio Thiago José, por sempre querer me ver no caminho do bem e do sucesso.

Ao José Geraldo e à Kelly, por terem recebido esse filho.

À Letícia, por todo o amor, carinho e companheirismo.

Ao Ricardo Barretto, grande amigo e eterno professor, com quem aprendo os segredos do processo e da advocacia.

Ao amigo Cássio Ribeiro, pelas sempre brilhantes discussões, sem as quais não haveria inspiração para esse trabalho.

Aos meus irmãos Marcelo, Rafael e Bruno, por tornarem minha vida mais leve.

RESUMO

O presente trabalho apresenta reflexão sobre a imbricada complementaridade existente entre o art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988, e o art. 175 do mesmo texto constitucional, de modo a esclarecer a impossibilidade de delegação de serviços públicos por meio do instituto da autorização. Para tanto, busca uma conceituação atual sobre o que se pode chamar por serviço público hodiernamente, bem como precisa definição dos instrumentos de delegação desses serviços, aplicando, então, esse estudo conceitual a uma análise da impropriedade contida no art. 13, inciso V, alíneas “b” e “e”, da Lei nº 10.233/01.

PALAVRAS-CHAVE: Serviço público; Delegação; Autorização.

ABSTRACT

The work presents a reflection about the imbricated complementarity between the art. 21, XI and XII, of the Brazilian Constitution, and the art. 175 of the same constitutional text, clarifying the impossibility in delegation of public services by means of the institution of authorization. Therefore, quest for an actual concept of public service, as well as for a right definition of the delegation instruments, applying this conceptual study to an analysis of the impropriety contained in the art. 13, V, “b” and “e”, of the Law nº 10.233/01.

KEYWORDS: Public services; Delegation; Authorization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	2
1.1. A evolução da noção de serviço público nos paradigmas estatais.....	2
1.1.1. Paradigma absolutista.....	2
1.1.2. Paradigma liberal.....	3
1.1.3. Paradigma social.....	4
1.1.4. Paradigma neoliberal-regulador.....	6
2. CAPÍTULO II – OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	9
2.1. Elementos identificadores da natureza pública do serviço.....	9
2.1.1. Características do regime jurídico.....	9
2.2. Serviço público e atividade econômica explorada pelo Estado.....	10
2.2.1. Serviços públicos.....	11
2.2.2. Atividade econômica explorada pelo Estado.....	15
2.2.3. Uma classificação orgânica dos serviços públicos, atividades econômicas e serviços de interesse público trazidos pela Constituição de 1988.....	18
2.3. Princípios específicos e inerentes à prestação dos serviços públicos.....	23
2.3.1. Generalidade.....	24
2.3.2. Continuidade.....	25
2.3.3. Eficiência.....	27
2.3.4. Modicidade.....	28
2.4. Uma tentativa de definição de serviço público no direito brasileiro.....	29
3. CAPÍTULO III – INSTRUMENTOS DE OUTORGA DE SERVIÇOS PÚBLICOS: LIMITES AO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO.....	30
3.1. Concessão de serviços públicos.....	31
3.2. Permissão de serviços públicos.....	35
3.3. Autorização para exploração de competências públicas por entes privados.....	39
3.4. Comparativo entre os instrumentos de outorga: a inadequação da autorização para a delegação de serviços públicos.....	43

4.	CAPÍTULO IV – O PROBLEMA NO CASO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE PREVISTOS NA LEI Nº 10.233/01.....	44
4.1.	O permissivo legal para a delegação dos serviços públicos de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros e transporte aquaviário por meio de autorização.....	44
4.1.1.	Os serviços de transporte terrestre coletivo entre fronteiras e transporte aquaviário como serviços públicos.....	46
4.1.2.	A inobservância do art. 175 da Constituição de 1988: inconstitucionalidade do art. 13, inciso V, alíneas “b” e “e”, da Lei nº 10.233/01.....	47
	CONCLUSÃO.....	49
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	51

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de traçar uma breve reflexão acerca da aparente antinomia existente entre o art. 21, incisos XI e XII, e o art. 175, caput, da Constituição Federal. Enquanto os primeiros dispositivos evidenciam que serviços públicos de competência federal podem ser delegados à iniciativa privada por meio dos institutos da autorização, concessão ou permissão; o segundo, porém, dispõe que os serviços públicos, de maneira geral, somente podem ser outorgados a particulares por meio de concessão ou permissão.

O trabalho, então, visa a demonstrar que, em verdade, não há antinomia alguma, mas sim complementaridade entre os dispositivos constitucionais, tendo em vista que os institutos devem ser utilizados em circunstâncias fáticas distintas, ora quando são as competências elencadas no art. 21, incisos XI e XII, serviços públicos; ora quando são apenas explorados por entes privados em benefício próprio e exclusivo.

Para tal demonstração, o estudo segue uma metodologia dedutiva, a partir da qual se traça, primeiro, as bases históricas e conceituais necessárias à compreensão do que é serviço público e quais devem ser as características inerentes a determinados serviços para que neles se reconheça natureza pública. Assim, uma vez expostas essas delimitações, é proposta uma definição de serviço público hábil a permitir a identificação desses serviços na Constituição Federal de 1988.

Mais adiante, analisando-se o texto constitucional, chega-se à conclusão da existência de dois tipos de serviços públicos na Constituição de 1988: os serviços públicos *stricto sensu*, que exigem prestação direta pelo Estado e os serviços públicos *lato sensu*, que admitem a delegação da prestação, mas nunca da titularidade, à iniciativa privada.

Definidos os serviços públicos, identificados e classificados no âmbito da Constituição de 1988, parte-se a um estudo mais detido dos instrumentos de delegação desses serviços a particulares, ocasião em que, observada a conceituação doutrinária e legal, expõe-se a inadequação do instituto da autorização para a outorga de serviços públicos.

Ao final, para se demonstrar os reflexos práticos e problemáticos da utilização da autorização para a outorga de serviços públicos, faz-se uma breve análise da alteração

feita pela Lei 12.996/14 no art. 13, inciso V, da Lei nº 10.233/01, que inseriu a autorização como modalidade de outorga dos serviços públicos de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros e transporte aquaviário à iniciativa privada, demonstrando-se a patente inconstitucionalidade de tais alterações.

CAPÍTULO I

A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1. A evolução da noção de serviço público nos paradigmas estatais

1.1.1. Paradigma absolutista

Talvez o melhor fosse começar a pretensa análise sobre a evolução do pensamento em torno do conceito de serviço público já no paradigma do Estado Liberal, em que a polarização entre público e privado é, de fato, colocada em evidência. Entretanto, não por preciosismo histórico, mas por honestidade teórica, antes de passar à evolução do serviço público nos contextos liberal, social e neoliberal-regulador, faz-se necessário tecer breves considerações acerca do Estado Absolutista, onde nascem e se perpetuam os primeiros e mais essenciais serviços públicos.

Sem exageros na digressão histórica, cabe dizer que foi no âmbito da ascensão burguesa na sociedade feudal, com o incremento da atividade comercial, a ocasião em que surgiu a necessidade de serviços a serem prestados por um Estado Nacional unificado e forte, o que impulsionou a formação dos primeiros Estados Modernos.

Ora, para que se fizesse possível a intensificação da atividade comercial, visando ao acúmulo de capital pelos entes privados, era necessária a existência de uma figura comum que se preocupasse com a estabilidade social e econômica, expressa pela repressão de delitos, unificação da moeda, pesos e medidas e garantia da segurança contra interferência de grupos externos àquela sociedade que se desenvolvia.

São esses, portanto, os primeiros serviços públicos prestados pelo Estado, mais precisamente, garantia da estabilidade social e econômica e segurança nacional. Mesmo que no Estado Absolutista a figura do Soberano se identificasse com o próprio Estado, o pacto social que, nos dizeres de Thomas Hobbes, tirou a todos de um estado de natureza

e nos trouxe à civilização, exigia, como finalidade do próprio Estado, dois dos primeiros serviços públicos de que se tem notícia no Estado Moderno, a saber, a proteção da vida e integridade física (estabilidade social) e proteção contra interferências externas (segurança nacional).

Nesse sentido, levando-se em consideração o desenvolvimento dos Estados Nacionais, é possível dizer que a noção de serviço público nasce no paradigma absolutista, pois apesar da apropriação do Estado pelo Soberano, o pacto social existente quando do surgimento do Estado exigia a prestação de serviços em prol do interesse nacional e que, por isso, podem ser identificados como a primeira categoria de serviços públicos.

1.1.2. Paradigma liberal

Pois bem, uma vez estabelecida digressão histórica, em pouco demorada, que tem o papel unicamente de demonstrar o real surgimento da noção de serviço público, diga-se, todo serviço prestado pelo Estado em prol do interesse nacional, cumpre destacar a evolução da noção de serviço público no Estado Liberal.

Em determinado momento histórico, a classe burguesa passou a enxergar no Estado Absolutista uma fonte indesejada de constante interferência nas atividades privadas de maneira geral.

A eclosão de tal pensamento, pode-se dizer, foi precursora das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII, que culminaram na afirmação de direitos individuais de liberdade social e econômica perante o Estado, através do constitucionalismo e da codificação desses direitos, desaguando, então, no paradigma liberal de Estado, em que a atuação estatal se torna mitigada e restrita apenas a serviços essenciais.

É justamente nesse contexto que surge, na França, em meados do século XIX, não as primeiras noções, mas sim as primeiras teorizações do que seria serviço público no contexto liberal, a cargo da chamada Escola de Serviço Público, a qual teve como brilhantes expoentes, dentre outros, Leon Duguit e Gaston Jèze.

Primeiramente, Leon Duguit introduziu uma conceituação de serviço público que pouco sofre alterações no contexto atual, se é que é possível sua conceituação no

dinamismo jurídico hodierno. Para Duguit, serviço público é toda e qualquer atividade prestada pelo Estado visando ao atendimento de finalidades sociais¹.

Posteriormente, aprofundando essa conceituação, Gaston Jèze destacou a necessidade de um regime jurídico próprio para o atendimento das necessidades coletivas pelo Estado, em virtude de sua essencialidade. Surge, dentro dessa ideia, portanto, a necessidade de estabelecimento de um regime de Direito Público, diferenciado, por conseguinte, do regime jurídico que regia as relações privadas, para dar o adequado tratamento à prestação dos serviços públicos por parte do Estado.

Em síntese, portanto, como bem apreço Ellen Mosquetti, no âmbito do Estado Liberal, a Escola de Serviço Público estabeleceu três critérios básicos para a definição de serviço público: (i) ser prestado pelo Estado; (ii) ser uma atividade cujo objetivo é a satisfação das necessidades coletivas; e (iii) ser prestado ou exercido sob o regime de Direito Público.

Necessário é destacar, porém, que tal definição, como será estudado, não se restringe ao paradigma do Estado Liberal. Pelo contrário, com poucas modificações conceituais, essa definição é de extrema utilidade para a identificação daquilo que pode ser enquadrado, nos dias de hoje, como serviço público.

Assim, no âmbito do Estado Liberal, devido a toda a limitação imposta à atuação do Estado, pode-se dizer que sua atividade se distanciou completamente da atuação econômica e foi cingida, apenas, à garantia da defesa nacional, segurança interna, arrecadação de impostos e exercício do poder de polícia, justamente por serem estas atividades incompatíveis, em sua essência, com a esfera privada.

1.1.3. Paradigma social

Em um primeiro momento, a afirmação de liberdades individuais perante o Estado, mitigando consideravelmente seu âmbito de atuação, poderia parecer algo inatingível por eventuais falhas, uma vez que se partia da livre iniciativa dos indivíduos como fator determinante do desenvolvimento econômico e social. Porém, o distanciamento total do Estado, especialmente da economia, não gerou efeitos sociais ou mesmo econômicos desejáveis a qualquer civilização.

¹ MOSQUETTI, Ellen. Estudo da noção de Serviço Público na relação sociedade/tempo/Direito. In: A construção sociojurídica do tempo, Curitiba, Editora Juruá, 2012, p. 64 e 65.

Conforme bem trata Ellen Mosquetti, as consequências da intervenção mínima foram desastrosas, gerando monopólios empresariais e miserabilidade dos trabalhadores²:

Ocorre que essa intervenção mínima do Estado gerou consequências desastrosas, tais como a criação de monopólios que praticamente dizimaram as pequenas empresas, bem como desigualdades sociais acentuadas – marcadas por um proletariado vítima da miséria e ignorância – que, “associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”³.

Nesse contexto, a polarização entre público e privado, tão valorizada no liberalismo, foi gravemente atingida pela ineficiência do mercado em se autorregular, criando situações de desordem na economia que afetaram amplamente a sociedade.

Primeiro, em relação às condições de trabalho impostas aos indivíduos que, sobremaneira, violavam aquele antigo direito de liberdade defendido no berço do Estado Liberal; segundo, em relação ao próprio mercado, que se tornara monopolista, perpetuando práticas abusivas tanto na esfera empresarial quanto na esfera consumerista.

Naturalmente, portanto, o Estado Liberal foi aos poucos se adaptando a um modelo social, em que o clamor pela justiça e igualdade entre os indivíduos foi concentrado na figura estatal.

Ou seja, nesse momento histórico, toda a desigualdade e vulnerabilidade social causada pelo extremismo liberal passou a ser suprida pela atuação de um Estado hipertrofiado, que detinha como obrigação precípua a satisfação de todas as necessidades básicas dos indivíduos, inclusive nos âmbitos de atuação essencialmente privados.

A esse respeito, são notáveis as colocações de José Anacleto Abduch Santos⁴:

Constata-se que certos serviços de utilidade pública, em que pese poderem ter a exploração privada, careciam de fiscalização ou de regulação pelo Estado. A reflexão sobre as lacunas geradas pela atuação limitada do Estado e os problemas concretos surgidos da transferência para a sociedade civil da responsabilidade de apresentar solução para demandas sociais, aliada às profundas modificações socioeconômicas ocorridas pelo advento da primeira guerra mundial

² MOSQUETTI, Ellen. Estudo da noção de Serviço Público na relação sociedade/tempo/Direito. In: A construção sociojurídica do tempo, Curitiba, Editora Juruá, 2012, p. 64 e 65.

³ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1998. P. 15. In: MOSQUETTI, Ellen. Estudo da noção de Serviço Público na relação sociedade/tempo/Direito. In: A construção sociojurídica do tempo, Curitiba, Editora Juruá, 2012, p. 64 e 65.

⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2002. P. 34.

levam a concluir pela necessidade de modificação da forma de relação do Estado com os particulares, o que, de fato, ocorreu pelo surgimento do Estado Social.

Assim, como forma de se compensar as lacunas sociais e econômicas deixadas pelo minimalismo estatal praticado no paradigma liberal, promoveu-se a ampliação da estrutura estatal com vistas a estabelecer, como serviços públicos, ou seja, aqueles prestados pelo estado em prol do interesse coletivo e em regime de Direito Público, uma gama de atividades voltadas ao atendimento das necessidades privadas dos indivíduos, como saúde, educação, suprimento energético, transportes públicos e infraestrutura de modo geral, desaguando no surgimento do Estado Social ou de bem-estar social.

O Estado Social passa, inclusive, sob a justificativa de atender às necessidades dos indivíduos, a ter atuação direta em atividades econômicas, abandonando os princípios liberais e assumindo a postura de Estado empresário, fomentador ou investidor. No Brasil, por exemplo, pode-se citar a criação da Petrobrás, empresa estatal fundada com o fim de garantir o suprimento de petróleo (energético) do país, em atendimento aos interesses da coletividade.

1.1.4. Paradigma neoliberal-regulador

O paradigma do Estado Social, portanto, foi fortemente marcado pela hipertrofia da estrutura estatal e aumento desenfreado das atividades prestadas diretamente pelo Estado em benefício da coletividade.

Logo, entretanto, as consequências dessa hipertrofia começaram a vir à tona, expressando-se no aumento desmedido dos gastos públicos e, por conseguinte, falência da máquina Estatal em virtude da insuficiência de recursos auferidos para atender a uma demanda crescente de benefícios coletivos.

Como prudentemente avalia Elle Mosquetti, essa falência da máquina pública, devido à insuficiência de recursos, acabou por resultar na ineficiência da prestação, pelo Estado, dessa quantidade de serviços públicos⁵:

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o paradigma do Estado Social começou a ser questionado. O grande número de atividades assumidas pelo Estado Social mostrou-se excessivamente oneroso para a máquina

⁵ MOSQUETTI, Ellen. Estudo da noção de Serviço Público na relação sociedade/tempo/Direito. In: A construção sociojurídica do tempo, Curitiba, Editora Juruá, 2012, p. 66.

pública, ao ponto de torná-la ineficiente para a prestação de alguns serviços.

A esse respeito, no contexto específico brasileiro, são também esclarecedoras e atuais as palavras de Maíra Ayres Torres:

A tal panorama agrega-se o fato de que a Administração Pública sempre opera no limite, ou seja, encurralada pelas balizas orçamentárias, situação esta que, no mais das vezes, obriga-a a optar por escolhas trágicas, ainda que não se revelem estas como as mais adequadas a determinado contexto. Nesse sentido, quaisquer que sejam as motivações para a Administração Pública atuar, via de regra, termina ela por eleger o meio menos custoso e que, de alguma maneira, vise a cumprir, mais fielmente, as demandas que lhe são direcionadas. Não por outra razão, pode-se afirmar que a máquina pública brasileira encontra-se saturada a tal ponto que o resultado de sua prestação, invariavelmente, conduzirá a algo muito aquém do desejável, não lhe restando opção senão recorrer à eficiência tão perseguida pela iniciativa privada⁶.

Sob a mácula da insuficiência do Estado para a prestação da totalidade dos serviços necessários ao atendimento das necessidades coletivas, portanto, tem início a derrocada do paradigma do Estado Social, sendo este, aos poucos, substituído pelo que se pode chamar de um Estado neoliberal-regulador.

Neoliberal, porque o novo paradigma de Estado, contemporâneo, aliás, vislumbra nas práticas liberais, sobretudo na clara separação e necessidade de cooperação entre público e privado, a solução para os excessos de gastos que levaram à degradação do modelo social.

Ou seja, a Administração Pública passa a enxergar os entes privados como possíveis parceiros para a realização de benefícios em prol da coletividade, desonerando, em parte, a máquina pública. É justamente dessa mudança do ângulo de visão sobre o parceiro privado que começa a surgir a ideia de delegação ou outorga de parte desses serviços essenciais à execução por entes privados.

Noutro sentido, que caminha em paralelo ao anterior, é esse modelo contemporâneo de Estado também regulador, pois a atividade do Estado, na medida em que crescem as possibilidades de outorgas de serviços públicos, passa a ser

⁶ TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido – A lógica residual no Estado Regulador. In: Teoria do Estado Regulador, Curitiba, Juruá, 2015. P. 288.

eminentemente normatizante e fiscalizadora, de forma a regular a prestação do serviço público pelo parceiro privado.

Assim, passa o Estado empreendedor, do paradigma social, a ser um Estado gestor, no paradigma neoliberal-regulador, atuando, sobremaneira, como ordenador da prestação de serviços públicos pelos agentes privados.

Tal concepção pode parecer, de fato, estranha, principalmente sob o enfoque da concepção tradicional de serviço público cristalizada pela Escola de Serviço público, segundo a qual tal serviço deve ser sempre prestado diretamente pelo Estado, sob pena de desnaturação de sua natureza pública (interesse coletivo).

Essa ótica, inclusive, suscitou em alguns autores, como Gaspar Ariño Ortiz e Juan Miguel de La Cuétera Martinez, o sentimento de que o serviço público tradicionalmente estudado teria chegado ao seu fim, pois o Estado, insuficiente e ineficaz, estaria deixando de prestar tais serviços essenciais, transmitindo-o à iniciativa privada. Para esses autores, seria, então, a “morte do serviço público”⁷:

El servicio público fue un instrumento de progreso y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitio mejorar La situacion de todos. Pero su ciclo há terminado. Cumplió su misión y hoy – como dice José Luis Villar – hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de forma pudiéramos mantenerlo vivo.

Entretanto, no Direito brasileiro, a ideia de fim dos serviços públicos deve ser rechaçada em absoluto, pois no nosso modelo, assim como ocorre em grande parte dos países que adotam o constitucionalismo moderno, os serviços públicos são apenas outorgados à execução da iniciativa privada, em parceria ou sob próxima regulação do Estado, reservando-se a este a titularidade dos serviços, conforme se depreende da leitura do art. 21, caput e incisos XI e XII, da Constituição da República de 1988.

Com o tempo e desenvolvimento desses modelos de outorga de serviços públicos, surgem, entretanto, dúvidas das mais diversas, dentre as quais se destaca a forma sob a qual deve ser outorgada essa prestação, a necessidade de manutenção da titularidade dos serviços públicos pelo Estado e a pretensa diferenciação entre serviços públicos e serviços de interesse público, com o fim de estabelecer diferentes graus de essencialidade das

⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTINEZ, Juan Miguel de La Cuétera; LOPEZ MUNIZ, J. L. Martinez. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997. P. 22-23.

atividades e possível simplificação do modelo de outorga. Justamente sobre essas questões controvertidas é que se passará a falar nas linhas seguintes.

CAPÍTULO II

OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

2.1. Elementos identificadores da natureza pública do serviço

Mais uma vez, vale ressaltar que os três elementos básicos, identificados pela Escola de Serviço Público, para conceituar e distinguir das demais atividades aquilo que se chama de serviço público, apesar de pensados no paradigma de um Estado liberal, não deixam de ser pedra de toque na definição dos serviços públicos nos paradigmas social e neoliberal-regulador, necessitando, por óbvio, de breves adaptações no que concerne à coexistência com a prestação pela iniciativa privada.

Portanto, para tirar das sombras determinados serviços e delineá-los como públicos, via de regra, deve-se observar se sua prestação é de titularidade estatal (competência pública); se é prestado sob regime de direito público ou, guardadas as devidas adaptações, sob regime predominantemente de direito público; e, não menos importante, se esse serviço guarda relação com a satisfação de interesses da coletividade.

Nesse sentido, vale dizer que, à luz desses três elementos trazidos pela Escola francesa, a Constituição da República de 1988 traz um rol complexo de serviços e modelos de outorga, que variam em graus de maior ou menor essencialidade, implicando em alterações na titularidade da atividade ou serviço, possibilidade de outorga e necessidade de prestação direta pelo Estado.

Porém, apesar desse modelo complexo, sempre se encaixa com perfeição a definição elementar proposta pela Escola de Serviço Público, conforme será mais precisamente abordado adiante.

2.1.1. Características do regime jurídico

Inicialmente, faz-se necessário tecer consideração quanto ao regime jurídico, pois, conforme assevera José dos Santos Carvalho Filho, a possibilidade de outorga de serviços

públicos à iniciativa privada, sob a ótica do paradigma neoliberal-regulador, cria a possibilidade de incidência de algumas normas de direito privado, porém, sempre de maneira tímida e nunca de forma predominante, vez que para caracterizar serviço público, este deve ser prestado sob o regime de direito público ou, pelo menos, no entendimento do Autor, em regime predominantemente de direito público⁸:

Na verdade, não se precisa admitir que a disciplina seja integralmente de direito público, porque, como é sabido, alguns particulares prestam serviços em colaboração com o Poder Público. Embora nessas hipóteses incidam algumas regras de direito privado, nunca incidirão elas integralmente, sendo necessário que algumas normas de direito público disciplinem a prestação do serviço. Pode-se até mesmo dizer que nesses casos o regime será híbrido, predominando, porém, o regime de direito público quando em rota de colisão com o de direito privado.

No Direito brasileiro, portanto, apesar dessa possibilidade de incidência breve de normas de direito privado, principalmente no que concerne à teoria dos contratos, é notável a ampla prevalência de normas de direito público em diversos aspectos, como a necessidade de fiscalização do serviço pelo Estado (Estado gestor), a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a prestação de contas pelo ente privado prestador do serviço, o que possibilita dizer que os serviços públicos, no Brasil, são sim prestados sob o regime de direito público.

2.2. Serviço público e atividade econômica explorada pelo Estado

O consenso sobre quais são e onde se localizam, no texto constitucional, os serviços públicos de titularidade do Estado, mas que podem ser prestados por particular; os de prestação exclusiva pelo Estado brasileiro; e as atividades econômicas exploradas pelo Estado parece algo inatingível.

As classificações, em geral, são bastante abertas e não permitem definição precisa, como, por exemplo, acontece com o proposto por Carvalho Filho⁹, cuja percepção destaca a existência, além das atividades econômicas, de serviços públicos delegáveis e indelegáveis, conforme seu grau de essencialidade à coletividade.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas, 26ª Edição. P. 326.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas, 26ª Edição. P. 327 e 328.

Inicialmente, porém, antes de trilhar um caminho com vistas a identificar, organizar e classificar os serviços públicos, atividades econômicas e serviços de interesse público no âmbito da Constituição da República, é necessário que se tenha a dimensão dos dispositivos constitucionais que interessam a tal análise.

Começaremos a apresentação desses dispositivos, portanto, seguindo os trilhos da essencialidade proposta por Carvalho Filho, iniciando a análise por aqueles considerados mais essenciais à coletividade e seguindo no sentido daqueles que interessam somente à iniciativa privada (atividades econômicas).

2.2.1. Serviços públicos

Como se aprende desde as primeiras cadeiras do direito público, todos têm direito, e o Estado brasileiro tem o dever de garantir: a soberania nacional, a segurança pública, a saúde e a educação.

Tais serviços públicos, no nosso ordenamento jurídico, são aqueles tidos por mais relevantes e essenciais à coletividade e, justamente por isso, o Estado tem o dever de prestá-los diretamente em seu mais amplo espectro, na medida de suas possibilidades econômicas, sendo constitucionalmente vedada sua delegação à iniciativa privada, independentemente do instrumento jurídico eventualmente utilizado para tanto. São serviços públicos de titularidade do Estado e que por ele devem ser diretamente prestados.

Além dos mencionados serviços, o Constituinte de 1988 resolveu por manter no rol de serviços públicos de alta essencialidade à coletividade o serviço postal e o correio aéreo nacional, estabelecendo que a manutenção de tais serviços é competência indelegável do Estado brasileiro (União).

Isto porque, na época, as comunicações eram realizadas, precipuamente, por meio de cartas e telégrafos, inclusive as comunicações oficiais da mais alta relevância, sendo necessário garantir, portanto, a universalização desse serviço a todo território nacional; sua generalidade e continuidade inabaláveis por fatores de mercado; e o sigilo necessário à comunicação de altas autoridades do governo. Por isso, resolveu-se por eleger esses serviços para prestação exclusiva, direta e indelegável pelo Estado.

Assim, portanto, visando à especialização da Administração Pública, é que se deu a criação, em 1969, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que mantém esses serviços, com exclusividade, até os dias de hoje.

Para fins de nos situarmos, é necessário destacar que tais serviços públicos estão expressos na Constituição, respectivamente, no art. 1º, inciso I, art. 144, art. 196, art. 205 e no art. 21, inciso X:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

I – a soberania; (...)

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: (...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 21 Compete à União:

(...)

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; (...)

Por serem serviços públicos, portanto, dotados de alta essencialidade, porque assim os consideraram o Constituinte, são serviços de titularidade do Estado e devem por ele ser prestados diretamente, sendo impossível a outorga à iniciativa privada.

Entretanto, é necessário destacar que, apesar da impossibilidade de outorga da prestação desses serviços a entes privados, ressalvado o serviço postal e o correio aéreo nacional, nada impede que a iniciativa privada atue com vistas a explorar esses serviços como atividade econômica.

No Brasil, a todos é garantida a livre iniciativa e a livre concorrência, na forma do art. 170 da Constituição da República. O que, com efeito, não pode acontecer é o Estado deixar de prestar tais serviços em virtude da prestação pela iniciativa privada, ou seja, a exploração pela iniciativa privada deve ser apenas complementar.

Apesar dos particulares poderem explorar tais serviços e oferece-los à sociedade, o Estado é obrigado a mantê-los, prestando-os diretamente e de forma gratuita à coletividade, pois assim o exige seu grau de essencialidade determinado pela Constituição.

A propósito, a impossibilidade de exploração privada do serviço postal e do correio aéreo nacional, que, por reiterada determinação constitucional, devem ser mantidos diretamente pelo Estado, foi definida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nessa ocasião, validou-se, na prática, a natureza autárquica conferida aos Correios, uma vez que a Empresa Pública efetivamente passou a gozar, mesmo atualmente explorando algumas atividades econômicas, de imunidade tributária, impenhorabilidade de bens e sujeição ao regime de direito público, devido à natureza de “monopólio constitucional” da atividade¹⁰.

Isto porque, no caso dessas atividades prestadas pelos Correios, tanto serviços públicos, quanto atividade econômica de entrega de encomendas, tem-se o que se chama de dever de universalização dos serviços. Ou seja, a ECT é obrigada a manter o serviço postal, correio aéreo nacional e atividade de entrega de encomendas mesmo nas localidades mais remotas do país, que não representam interesse econômico algum para a Empresa.

Assim, seria impossível aos Correios, tendo em conta o dever de universalização (princípio da generalidade), competir em pé de igualdade com empresas privadas que exploram somente mercados economicamente relevantes, o que justifica o “monopólio constitucional”, no que concerne ao serviço postal e correio aéreo nacional, e o regime autárquico atribuído à Empresa pelo STF.

Mais adiante no texto constitucional, nos deparamos com serviços públicos que são competências públicas federais, ou seja, são serviços cuja titularidade pertence ao Estado brasileiro, mas que, diferentemente daqueles serviços de alta essencialidade destacados anteriormente, podem ser delegados à iniciativa privada pelos instrumentos da concessão, permissão e, eventualmente, autorização.

Esses são os serviços elencados no art. 21, incisos XI e XII da Constituição Federal:

Art. 21 Compete à União:

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

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 46, Relator Ministro Luiz Fux.

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

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

São, portanto, serviços públicos menos essenciais em relação àqueles previstos no art. 1º, inciso I, art. 144, art. 196, art. 205 e no art. 21, inciso X, da Constituição. Porém, não obstante seu menor grau de essencialidade, devem, necessariamente, ser entendidos também como serviços públicos.

Remetendo-nos aos três elementos do serviço público propostos pela Escola de Serviço Público, e aqui brevemente atualizados ao paradigma neoliberal-regulador, os serviços elencados no art. 21 são de titularidade do Estado, pois competências públicas, convêm ao interesse da coletividade, pois são oferecidos de forma geral e abstrata a todos os cidadãos que deles necessitam, e são prestados, mesmo que outorgados a particulares, sob regime de direito público, pois regulamentados por legislação específica e submetidos ao crivo da fiscalização e regulação estatal.

Detalhe importante é, também, destacar a disciplina dada pela Constituição Federal à outorga de serviços públicos, quando esta for possível, conforme mencionado anteriormente.

No caso de outorga de serviços públicos à iniciativa privada, portanto, é necessário respeitar as restrições trazidas pelo art. 175, caput, do próprio texto constitucional. Assim, destaca-se que esses serviços somente podem ser outorgados a particulares por meio dos instrumentos específicos da concessão e permissão, excluindo-se, portanto, o instituto da autorização e, sempre, precedidos de licitação como forma de garantir a isonomia entre os entes privados, conforme prescreve o referido dispositivo:

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.

Tal dispositivo acaba por gerar bastante desconforto ao Poder Concedente, pois resta a dúvida sobre uma aparente antinomia entre o art. 21, incisos XI e XII, e o art. 175, todos da Constituição Federal.

Essa preocupação será abordada, com o cuidado merecido, mais adiante, quando se passará ao estudo detido dos instrumentos de outorga, ocasião em que ficará clara a inexistência de qualquer antinomia, mas sim complementaridade dos referidos institutos (autorização, concessão e permissão), que devem ser aplicados em circunstâncias distintas.

2.2.2. Atividade econômica explorada pelo Estado

Seguindo com o objetivo de situar os dispositivos constitucionais que tratam de serviços públicos, atividades econômicas e serviços de interesse público, não se pode olvidar do que nos traz o art. 173 da Constituição da República.

Já adentrando naquilo que a Constituição entende como atividades econômicas, ou seja, aquelas atividades reservadas inerentemente à esfera privada, sem necessidade de qualquer tipo de delegação ou autorização estatal, tal dispositivo, apesar de vedar a atuação do Estado em atividades econômicas, ressalva alguns casos, previstos pelo próprio texto constitucional, em que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado é permitida, desde que presentes os requisitos de garantia de imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

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.

Apesar de opiniões em sentido diverso, é certo que os casos ressalvados pelo texto constitucional são aqueles previstos no art. 177 do mesmo capítulo, dispositivo que versa sobre o monopólio da União quanto às atividades ligadas à exploração de hidrocarbonetos fluidos, especialmente petróleo e gás natural, e minérios e minerais nucleares. Nesse sentido, permite-se ao Estado explorar atividade econômica ligada a esses setores,

principalmente no que concerne à pesquisa, lavra, transporte, industrialização e comércio dessas matérias primas.

Art. 177 Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V – a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas “b” e “c” do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

§1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei.

Até o momento, portanto, as hipóteses elencadas pelo art. 177 da Constituição Federal são os únicos casos constitucionalmente previstos em que o Estado está autorizado a explorar atividade econômica, isto porque trata-se da exploração de recursos importantíssimos tanto aos imperativos da segurança nacional quanto ao interesse coletivo, por consistirem em matéria prima essencial ao desenvolvimento energético do país.

Com efeito, porém, da dicção do art. 173 não se pode restringir a exploração de atividades econômicas pelo Estado somente ao rol trazido pelo art. 177, e aqui não é o que se pretende dizer.

Esse dispositivo constitucional é bastante claro ao estabelecer que em quaisquer casos que ensejem a manutenção dos imperativos da segurança nacional ou nos quais esteja presente relevante interesse coletivo, permitir-se-á ao Estado a exploração de atividade econômica, permissão esta precedida, por certo, de autorização legal específica. Nesse sentido, caso surjam novos e peculiares casos, o Estado estará autorizado a intervir em esfera precipuamente reservada à iniciativa privada.

Apesar dessa possibilidade aberta pela Constituição Federal, a saber, a eventual exploração de atividade econômica por parte do Estado, é necessário destacar que, uma vez atuando numa esfera e num mercado reservado, essencialmente, à iniciativa privada,

o Estado deverá, por sua vez, abrir mão da máxima de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e atuar em plena igualdade e concorrência com os entes privados que exploram esse mercado.

Ou seja, quando explorando diretamente atividades econômicas, o Estado, aqui incluídos Administração direta e indireta, deve se submeter a um regime de direito privado.

Isto porque assim o define a própria Constituição, em seu art. 170, caput e inciso IV, ao garantir que são fundamentos da ordem econômica brasileira a livre iniciativa e a livre concorrência.

Ademais, especificamente quanto à interferência do Estado na esfera privada das atividades econômicas, dispõe o art. 173, §1º, inciso II, que as empresas públicas ou sociedades de economia mista, bem como suas subsidiárias, que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens e serviços estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Assim, resta bastante claro que as atividades econômicas em questão se diferem, por completo, do conceito de serviço público proposto pela Escola francesa e modestamente atualizado neste trabalho, tendo em vista que essas atividades não são de titularidade estatal, pelo contrário, são eminentemente privadas e exploradas em regime de direito privado.

Nesse mesmo sentido, conforme exposto há pouco, tais atividades, mesmo quando exploradas pelo Estado, devem ser prestadas em regime de direito privado. Ou seja, a despeito de guardarem certo interesse coletivo em sua prestação, essas atividades econômicas jamais podem ser consideradas como serviço público.

Uma vez identificados todos os dispositivos constitucionais relevantes para o entendimento e eventual conceituação de quais atividades devem ser consideradas como serviço público no âmbito do direito brasileiro, seguindo uma ordem decrescente de essencialidade, cumpre passar à segunda etapa proposta no início da discussão, qual seja, a organização e classificação desses serviços em um modelo que torne compreensível, adiante, o entendimento de quais instrumentos de outorga são corretos para cada tipo de serviço e atividade.

2.2.3. Uma classificação orgânica dos serviços públicos, atividades econômicas e serviços de interesse público trazidos pela Constituição de 1988

De início, mesmo que para discordar posteriormente, vale a pena trazer à luz a interpretação dada ao tema dos serviços públicos, no âmbito da Constituição de 1988, pelo professor Luiz Gustavo Kaercher Loureiro.

Em sua análise, o Professor defende que as competências públicas elencadas no art. 21 da Constituição, assim como a esfera de atuação reservada exclusivamente à iniciativa privada, constituem-se em atividade econômica; não merecendo a classificação de serviço público pela mera titularidade estatal, resultando no entendimento de que o art. 175 possui apenas aplicação instrumental, não se devendo, dessa forma, excluir a autorização do rol de instrumentos de outorga daquelas atividades à iniciativa privada.

A proposta hermenêutica a ser apresentada aqui aparta-se parcialmente dessa leitura. Sustenta que há, sim, uma diferença entre dois tipos constitucionais de atividades econômicas (em sentido empírico, descritivo): aquelas tarefas que foram reservadas ao Estado pela Constituição, como competências públicas, e as demais, que são, a princípio livres aos privados e realizadas em regime de competição. Nessas últimas, o Estado pode atuar apenas em paralelo com os “senhores naturais” (privados), legitimado por ato específico do legislador ordinário.

As primeiras divergências desta interpretação em face daquela tradicional estão no locus e fundamento constitucional da dicotomia. Uma sua consequência já anunciada é a aproximação dos monopólios do art. 177 às atividades do art. 21. De resto, ao art. 175, sede constitucional da regulação do serviço público, atribui-se um papel específico, instrumental. Não há uma complementariedade ou contraposição entre os arts. 173 e 175, pois a base está apenas no primeiro dispositivo; ademais, nem toda competência pública econômica é, necessariamente, serviço público, nem mesmo aquela atribuída ao Estado com exclusividade.¹¹

Com todo o respeito à posição defendida pelo professor Kaercher, é necessário dela divergir. Em primeiro lugar, não há embasamento teórico plausível à sustentação de que serviços de titularidade do Estado, prestados em regime de direito público e em prol dos interesses da coletividade não devam ser classificados como serviços públicos. Pelo contrário, segundo o conceito aqui trabalhado, esses são serviços públicos em sua

¹¹ LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre, 2009. P. 111.

essência, pois presentes os três requisitos trazidos pela teoria sustentada no bojo da Escola de Serviço Público.

Outrossim, também indevida é a tentativa de construir uma relação de subordinação entre os arts. 173 e 175 da Constituição. Tais dispositivos, aliás, como destacado pelo Autor, não possuem sequer complementaridade ou contraposição entre si.

Isto, porém, não se deve ao fato de a base estar apenas no art. 173, como pretende Kaercher. Em verdade, não pode haver complementaridade ou contraposição entre os dispositivos por versarem sobre conceitos distintos no âmbito da sistemática constitucional.

Assim, enquanto o art. 175 versa sobre serviços públicos, inclusive os elencados no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição; o art. 173 regula somente a eventual interferência do Estado nas atividades econômicas, como ocorre com as atividades elencadas no art. 177 da Constituição; nada tem a ver, esse último, portanto, com serviços públicos e seus instrumentos de outorga.

Uma vez trazida à luz teorização que, embora afastada do arcabouço conceitual ora apresentado, é da mais notória importância, justamente por trazer uma das posições possíveis sobre a temática, faz-se necessário dar organicidade às atividades estatais no âmbito da Constituição de 1988.

Começamos, portanto, a falar sobre os serviços públicos na Constituição, seguindo, para facilitar a classificação, a identificação dos dispositivos constitucionais relevantes realizada no tópico anterior.

Existem, na Constituição de 1988, conforme já precisamente elencado, serviços públicos que são de titularidade do Estado, prestados em regime de direito público e em prol do interesse coletivo, dotados de um alto grau de essencialidade, pois necessários à manutenção do bem-estar social. São eles a garantia da soberania nacional, a saúde, a educação, a segurança e a manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional.

Esses serviços, por seu grau de essencialidade elevado, foram reservados à prestação exclusiva, direta e indelegável do Estado, sendo impossível, portanto, sua delegação à iniciativa privada.

Nesse sentido, são eles serviços públicos em essência, pois além de guardarem os três elementos conceituais que tipificam o serviço público, devem, adicionalmente, ser prestados exclusivamente pelo Estado, que possui a obrigação de mantê-los e garantir sua universalização a todos os cidadãos brasileiros.

Ou seja, são equiparáveis à noção de serviço público no paradigma liberal, quando surge a Escola de Serviço Público e ainda não se admitia a delegação de qualquer tipo de serviço público à iniciativa privada.

Assim, a soberania nacional, saúde, educação, segurança e manutenção do serviço postal e correio aéreo nacional, na Constituição de 1988, são o que aqui denominaremos por serviços públicos *stricto sensu*.

São, por conseguinte, aqueles serviços de titularidade do Estado e indelegáveis à iniciativa privada, pois por ele devem ser prestados diretamente, sob o regime de direito público e em prol do interesse coletivo.

Não obstante a existência desses serviços públicos *stricto sensu*, é de se destacar, conforme demonstrado anteriormente, que outros serviços, quais sejam, os elencados no art. 21, incisos XI e XII, apesar de poderem ter a prestação outorgada à iniciativa privada por meio dos instrumentos da concessão, permissão e, eventualmente, autorização, são ainda competências públicas, ou seja, mantêm a titularidade estatal.

Ademais, além de serem serviços de titularidade estatal, devem ser prestados sob as regras limitadoras e fiscalizatórias da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 (Lei Geral de Concessões), bem como sob o crivo da regulação estatal direta, por meio das agências reguladoras. Ou seja, embora prestados pela iniciativa privada, o são sob um regime de direito público.

É de se destacar, também, que embora dotados de grau de essencialidade menor do que os serviços públicos *stricto sensu*, são, também, importantíssimos ao atendimento dos interesses da coletividade.

Ora, são serviços como a radiodifusão e telecomunicações, principais meios de informação e comunicação dos cidadãos; instalações de energia elétrica, sem as quais a civilização regrediria às trevas e se tornaria impossível o desenvolvimento industrial; e serviços de transporte de passageiros e cargas em geral, incluindo-se os diversos modais disponíveis na infraestrutura brasileira, os quais permitem a integração e abastecimento das diversas localidades do país. O interesse coletivo nesses serviços, portanto, é algo inegável.

Sendo assim, há de se destacar que as atividades elencadas no art. 21, incisos XI e XII, são sim serviços públicos, pois de titularidade do Estado, podendo ser prestadas diretamente ou por meio de outorga à iniciativa privada, porém, sempre sob regime de direito público e em prol dos interesses da coletividade.

Portanto, são esses serviços aqui chamados de serviços públicos lato sensu, em virtude da possibilidade de delegação a entes privados, porém, resguardada a titularidade estatal e os demais elementos identificadores do serviço público.

Seguindo nessa pretensa classificação orgânica a partir dos elementos concretos que nos traz a Constituição de 1988, merecem também destaque as atividades econômicas exploradas pelo Estado, identificadas a partir da ressalva feita pelo art. 173 e expressas no bojo do art. 177, ambos do texto constitucional.

Trata-se da exploração de atividades relacionadas aos hidrocarbonetos fluidos e minérios nucleares, atividades econômicas de monopólio estatal e, como já explanado, exercidas sob o regime de direito privado.

Essas atividades econômicas, juntamente com quaisquer outras que venham a surgir em prol dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, não são de titularidade do Estado, embora exercidas em nome do interesse coletivo, pois são atividades eminentemente privadas submetidas ao monopólio do Estado em razão de motivos específicos. Além disso, diferentemente dos serviços públicos, são prestadas em regime de direito privado, ou seja, vedando-se qualquer tipo de favorecimento do Estado, sob o argumento de supremacia do interesse público, na exploração dessas atividades.

Isto porque o Estado está atuando em esfera reservada precipuamente à iniciativa privada e, portanto, deve respeitar as mesmas condições impostas aos entes privados.

Nesse sentido, por ainda serem prestadas em prol dos interesses da coletividade, essas atividades, mesmo que atividades econômicas inseridas no campo do direito privado, merecem patamar diferente de classificação e, por isso, são chamadas, aqui, de serviços de interesse público.

Tal classificação, por ventura, pode remeter ao conceito de “public utilities”, presente no direito norte-americano. Porém, apesar de se assemelharem quanto ao aspecto da prestação de atividades econômicas, em regime de direito privado, e em prol de interesses coletivos, o que chamamos de serviço de interesse público não pode ser confundido com as public utilities norte-americanas.

Em primeiro lugar, mostra-se mais vantajoso trazer a explicação de Maíra Ayres Torres sobre as public utilities para, depois, diferenciá-las dos serviços de interesse público que conceituamos há pouco:

Diversamente, nos moldes norte-americanos das public utilities, tem-se que as atividades que denotem interesse público, na sua maioria, são

prestadas pela iniciativa privada, daí não serem denominadas de serviços públicos, pois não há titularização por parte do Poder Público, mas sim recebem o título de atividades econômicas de interesse público, não existindo qualquer ato de delegação da prestação delas, até porque, não há outorga de poderes, os poderes sobre as atividades já se encontram disponíveis para que os particulares o exerçam, por direito próprio; apenas submetendo-se às balizas delimitadas pelo Estado, em um misto de poder de polícia, associado com poder regulatório, na tutela dos interesses dos beneficiários de tais serviços, inaugurando-se, assim, a atuação imprescindível das ditas agências reguladoras¹².

Tomando por base a perspicaz delimitação traçada pela Autora, nota-se, portanto, que as public utilities não são monopólio estatal, sendo prestadas livremente pela iniciativa privada, sem necessidade de autorização ou outorga estatal, mas sob o crivo regulador do Estado. São diferentes, por conseguinte, do que chamamos de serviços de interesse público.

Estes são monopólios estatais, que, em regra, devem ser explorados diretamente pelo Estado, embora em regime de direito privado. Pode-se dizer, entretanto, apesar dessa ressalva, que os serviços de interesse público, assim como a exploração privada e paralela dos serviços públicos stricto sensu, aproximam-se conceitualmente das public utilities.

Por último na classificação decrescente de essencialidade aos interesses coletivos, porém, de forma alguma menos importantes, estão as atividades econômicas em si. São essa as atividades reservadas eminentemente à atuação da iniciativa privada, reguladas pelos arts. 170 e 173 da Constituição Federal.

Digo não menos importantes, é necessário destacar, pelo fato de que são as atividades econômicas responsáveis pela geração da maior parte dos bens e serviços (não essenciais) oferecidos à coletividade, geração de empregos, renda e crescimento do produto interno bruto nacional. Logo, embora não revestidas do caráter de essencialidade que cerca os serviços públicos e de interesse público, são as atividades econômicas essenciais a qualquer Estado que se pretenda desenvolver, tanto no aspecto econômico quanto no social.

Com efeito, portanto, tem-se que as atividades econômicas consistem na esfera de atuação precípua da iniciativa privada, em regime de direito privado e independentemente de atendimento a interesse coletivo, não cabendo ao Estado outorgar ou autorizar a

¹² TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido – A lógica residual no Estado Regulador. In: Teoria do Estado Regulador, Curitiba Juruá, 2015. P. 285.

prestação dessas atividades aos particulares. Portanto, a titularidade aqui é dos entes privados em abstrato.

Quanto a essas atividades, deve-se ressaltar, o papel do Estado é extremamente reduzido, não podendo explorá-las, salvo os casos previstos no art. 173 e 177, devendo atuar somente quanto a aspectos regulatórios voltados a garantir a propriedade privada, sua função social, a livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente e redução das desigualdades regionais e sociais, nos termos do art. 170 da Constituição.

Em síntese, portanto, e para finalizar a pretensão de dar organicidade ao tema dos serviços públicos na Constituição de 1988, tem-se que no âmbito do texto constitucional é possível separar os serviços públicos em serviços públicos *stricto sensu*, ou seja, aqueles de titularidade e prestados diretamente pelo Estado, sob o regime de direito público e em prol do interesse coletivo¹³ e serviços públicos *lato sensu*, quais sejam, aqueles de titularidade do Estado, podendo por ele ser prestados diretamente ou outorgados à prestação da iniciativa privada, por meio dos instrumentos da concessão, permissão e, eventualmente, autorização, sempre em regime de direito público e em prol do interesse coletivo¹⁴.

Separados da concepção de serviço público há, ainda, os serviços de interesse público, aqueles cujo monopólio de exploração pertence ao Estado, porém, tal prestação é feita em regime de direito privado e em prol do interesse coletivo¹⁵, e as atividades econômicas, cuja titularidade pertence aos entes privados em abstrato e são prestadas em regime de direito privado, independentemente de interesse coletivo, devendo o Estado intervir nessas atividades somente em aspectos regulatórios taxativos¹⁶.

Uma vez proposta tal classificação, vale perquirir, com vistas a chegar a um conceito atual de serviço público no direito brasileiro, o conjunto de princípios que regem a prestação desses serviços.

2.3. Princípios específicos e inerentes à prestação dos serviços públicos

Em relação ao modo como são prestados os serviços públicos, seja pelo Estado seja pela iniciativa privada, tem-se que tais serviços devem ser prestados sob a égide de

¹³ Arts. 1º, inc. I, 6º e 21, inc. X, CF/88.

¹⁴ Art. 21, inc. XI e XII, CF/88.

¹⁵ Art. 177, inc. I a V, CF/88.

¹⁶ Arts. 170 e 173, CF/88

quatro princípios que ditam as regras básicas do modo de prestação. São eles os princípios da generalidade, continuidade, eficiência e modicidade.

Buscando uma análise do que seja e qual os efeitos de cada um desses princípios, portanto, faz-se necessário partir do arcabouço conceitual proposto por Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo, para, então, desenvolver esses conceitos com vistas a verificar como devem ser aplicados ao modo de prestação dos serviços públicos.

2.3.1. Generalidade

Traçando-se um possível conceito sobre o princípio da generalidade, Carvalho Filho enxerga duas dimensões de aplicação. A primeira, no sentido de que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, com vistas a beneficiar o maior número de pessoas. A segunda, de igual relevo, significaria que tais serviços devem ser prestados sem discriminação entre os destinatários, em respeito à isonomia e à impessoalidade previstas no art. 37 da Constituição da República. Conforme assevera o Autor:

O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos.

Mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37, CF). Alguns autores denominam esse modelo como princípio da igualdade dos usuários, realçando, portanto, a necessidade de não haver preferências arbitrárias¹⁷.

Tal princípio expressa, por exemplo, o dever de universalização dos serviços públicos, exigido tanto do Estado, quando prestando esses serviços diretamente, quanto dos particulares concessionários ou permissionários de serviço público. Isso significa que, diferentemente da exploração de atividades econômicas, os serviços públicos devem ser estendidos, inclusive, a mercados economicamente não interessantes, levando assistência essencial a cidadãos distantes dos grandes centros econômicos do país.

¹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, 2013. P. 334 e 335.

Assim ocorre, por exemplo, com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as concessionárias de serviços de telecomunicação. Essas figuras, distintas, claro, mas ambas operando sob regime de direito público, embora explorem mercados economicamente relevantes, como o do Estado de São Paulo, têm o dever, em atendimento ao princípio da generalidade, de estender a prestação desses serviços a locais longínquos do País, mesmo que não seja economicamente interessante para a empresa. Isto porque prestam serviços públicos, ou seja, devem, necessariamente, atender aos interesses da coletividade como um todo.

Nesse sentido, é necessário ter em mente que o dever de universalização da prestação dos serviços públicos, inerente ao regime de direito público, que, por sua vez, protege os interesses coletivos, é consequência direta do princípio da generalidade, o que faz desse princípio, talvez, o mais importante dos quatro elencados, tendo em vista a noção teórica de serviço público, uma vez que quando se fala em interesses da coletividade, torna-se impossível excluir qualquer parcela de cidadãos.

2.3.2. Continuidade

Há de se perceber que, se os serviços públicos trazem como características principais a essencialidade da prestação e o atendimento pleno e eficaz de interesses e necessidades coletivas, é evidente que sua prestação não deve ser interrompida.

É exatamente essa a ideia expressa pelo princípio da continuidade dos serviços públicos. Esses serviços de forma alguma devem ser paralisados, sob pena de grave oneração da sociedade. Assim traz Carvalho Filho em sua conceituação:

Esse princípio indica que os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais¹⁸.

É dizer, portanto, que os serviços públicos são a tal ponto essenciais, que devem ser prestados evitando-se ao máximo as interrupções. Entretanto, é necessário destacar

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, 2013. P. 335.

que, embora esses serviços devam ser prestados de maneira contínua, há hipóteses de suspensão por razões de cunho lógico e legal.

Apesar, entretanto, dessas hipóteses de suspensão, adiante explicadas, é importante ressaltar que as exceções ao princípio da continuidade dos serviços públicos são aplicáveis somente aos serviços públicos lato sensu.

Em razão do grau de essencialidade dos serviços públicos stricto sensu, é inviável a sua suspensão sob qualquer hipótese, pois, lembre-se, tais serviços são necessários à sobrevivência e equilíbrio de uma sociedade democrática, uma vez que dizem respeito ao mínimo constitucional reservado à prestação direta pelo Estado.

Com efeito, tendo em conta o esclarecimento anterior, são, basicamente, quatro as hipóteses de suspensão na prestação de serviços públicos.

A primeira consiste na suspensão dos serviços em razão da não observância de requisitos técnicos pelo usuário. É o caso, por exemplo, de usuário que exige do Estado, por meio de concessionária de distribuição, o fornecimento de energia elétrica a determinado local, porém, sem adquirir ou manter em funcionamento o chamado “relógio padrão”, necessário à conexão do conjunto elétrico privado à rede elétrica pública. Nesse caso, o Estado fica desobrigado à continuidade do serviço público em relação àquele determinado cidadão ou conjunto de cidadãos.

A segunda hipótese, diferentemente, é prevista, em específico, pela Lei nº 8.987/1995¹⁹ e diz respeito, portanto, aos serviços públicos prestados por concessionários e permissionários. Ora, esses entes privados, mesmo que prestando serviços públicos, são empresas que precisam de receita para sua manutenção, receita esta proveniente da contraprestação paga pelo usuário ao receber o serviço (tarifa). Se, portanto, o usuário não adimpler o contrato, o concessionário ou permissionário tem o direito de suspender a prestação. Caso contrário, o princípio da continuidade estaria, na verdade, a proteger usuários inadimplentes e, muitas vezes, de má-fé.

A terceira hipótese, por sua vez, diz respeito à suspensão de determinado serviço em situações de emergência. Então se, por exemplo, acontece um incêndio em uma central de transmissão ou distribuição de energia elétrica, pode haver a suspensão do serviço para evitar maiores prejuízos à rede elétrica e, por consequência, aos próprios usuários.

¹⁹ Art. 6º, §3º, inc. II da Lei 8987/95.

Por último, a quarta hipótese concerne à suspensão de serviços públicos por razões técnicas ou de segurança das instalações. É de se destacar, porém, que essa modalidade de suspensão faz necessário prévio aviso aos usuários afetados. Ou seja, se, por ventura, determinada concessionária de distribuição de energia elétrica pretende fazer manutenções em sua rede, a ela é possível comunicar a suspensão do serviço e fazê-lo por determinado período de tempo.

Uma vez expostas as hipóteses de suspensão, é de suma importância destacar, por fim, que a interrupção dos serviços públicos é sempre temporária e vinculada ao fator que a ensejou. Por implicação lógica, portanto, uma vez cessada a causa de suspensão do serviço, este deve ser imediatamente reestabelecido, sob pena de prejuízos indenizáveis ao particular.

Tem-se, portanto, que o princípio da continuidade dos serviços públicos tem eficácia plena, sem exceções, aos serviços públicos *stricto sensu*, em razão de seu elevado grau de essencialidade à coletividade. Quanto aos serviços públicos *lato sensu*, todavia, admite-se hipóteses de suspensão da prestação em caso de ausência de requisitos técnicos pelo usuário; inadimplemento do usuário com relação a concessionários e permissionários; situações de emergência; e por razões técnicas ou de segurança.

2.3.3. Eficiência

É perceptível que ao prestar serviços públicos há, para o Estado, o necessário dispêndio de recursos escassos provenientes da arrecadação imposta à coletividade. É dizer, portanto, que para a prestação de serviços públicos são dispendidos recursos públicos, comuns a todos os cidadãos.

Nesse sentido, é dever do Administrador Público, que conduz as tomadas de decisão do Estado, aplicar os recursos públicos da maneira mais eficiente possível, visando a prestar, com determinado montante de recursos, a maior e melhor gama de serviços públicos quanto for possível.

Essa, portanto, é a melhor expressão do princípio da eficiência administrativa: aplicar os recursos públicos da forma mais eficiente visando à ampliação dos serviços públicos.

Complementarmente, na visão de Carvalho Filho, o princípio da eficiência também diz respeito à aplicação, na prestação de serviços públicos, de novos processos tecnológicos que estejam ao alcance do Estado:

Deve o Estado prestar seus serviços com a maior eficiência possível. Conexo com o princípio da continuidade, a eficiência reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio²⁰.

Tamanha é a importância dada ao princípio da eficiência administrativa, às vezes chegando a gerar até mesmo inconstitucionalidades no âmbito de atuação do Poder Executivo, que tal princípio foi incluído, por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, no rol de princípios norteadores da atuação da Administração Pública (art. 37, CF/88), tornando-se postulado importantíssimo à correta prestação dos serviços públicos.

2.3.4. Modicidade

Mais uma vez, faz-se necessário destacar que os serviços públicos somente são assim classificados por serem de real importância à satisfação de necessidades latentes da coletividade. Assim, mesmo que em certas circunstâncias venham a ser prestados pela iniciativa privada, jamais terão os mesmos propósitos unicamente lucrativos da exploração de uma atividade econômica.

Justamente por isso, e, claro, em respeito ao dever de universalização que surge a partir do princípio da generalidade, é necessário que os serviços públicos sejam remunerados por um valor módico, hábil a permitir que cidadãos de classes econômicas menos favorecidas sejam capazes de usufruí-los.

Segundo entendimento de Carvalho Filho, o poder aquisitivo não pode acabar servindo de limiar determinante da fruição ou não de serviços públicos, tendo em vistas que devem se estender a toda a coletividade:

Significa esse princípio que os serviços devem ser remunerados a preços módicos, devendo o Poder Público avaliar o poder aquisitivo do usuário para que, por dificuldades financeiras, não seja ele alijado do universo de beneficiários do serviço²¹.

Nesse sentido, assim como o princípio da generalidade, a modicidade acaba sendo causa e, ao mesmo tempo, consequência do dever atribuído ao Estado, concessionários e permissionários de promover a universalização desses serviços.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, 2013. P. 339.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, 2013. P. 340.

2.4. Uma tentativa de definição de serviço público no direito brasileiro

Pois bem, explicitadas as diversas preocupações e problemas com relação à evolução da noção de serviços públicos nos paradigmas estatais, bem como a situação dessa temática na Constituição da República de 1988, cabe, nesse momento, pretendo esforço com vistas a formular um conceito de serviço público que possa ser facilmente utilizado para identifica-los nas mais diversas circunstâncias jurídicas.

Inicialmente, vale relembrar que a construção conceitual de serviços públicos pretendida nesse trabalho sempre partirá dos três elementos essenciais trazidos pela Escola de Serviço Público francesa, que devem, necessariamente, estar presentes para a identificação desse tipo de serviço.

Nesse sentido, para que determinada atividade possa ser considerada como serviço público, é necessário que seja de titularidade do Estado e seja prestada sob o regime de direito público, sempre visando à satisfação de necessidades coletivas.

Assim, traçadas as bases da definição, cabe ressaltar a conceituação já estabelecida por importantes doutrinadores do Direito Administrativo brasileiro. Segundo Hely Lopes Meirelles:

*Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado*²².

Para José dos Santos Carvalho Filho, serviço público é:

*Toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*²³.

Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, conceitua serviço público como:

Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer

²² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993. P. 289.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 2013. P. 325.

*concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público*²⁴.

Por último, talvez seja a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello a mais acertada dentre os doutrinadores brasileiros, por considerar as diversas dimensões do serviço público, sempre tendo em mente que se tratam de escolhas positivadas por determinada sociedade:

*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por que lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo*²⁵.

A partir desses conceitos expressos pela mais respeitada doutrina nacional, portanto, traz-se, aqui, o entendimento de que *serviço público é toda atividade essencial à satisfação das necessidades coletivas em determinada sociedade, de titularidade do Estado, podendo ser por ele prestada diretamente ou por meio de outorga à iniciativa privada, sempre sob um regime de direito público caracterizador da titularidade estatal e da necessidade de controle e fiscalização da prestação sob os ditames da generalidade, continuidade, eficiência e modicidade*.

Tendo sempre em mente esse conceito, portanto, a partir de agora se passará a um estudo detido sobre os instrumentos específicos pelos quais deve ser realizada a outorga dos serviços públicos previstos no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988.

São esses instrumentos de outorga a concessão, a permissão e a autorização, devendo essa última, conforme será minuciado, ser utilizada somente em casos excepcionais, jamais para a delegação de serviços públicos prestados à coletividade em geral, sob pena de violação do próprio texto constitucional e dos princípios que regem a prestação dos serviços públicos.

CAPÍTULO III

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 1993. P. 80.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2015. P. 695.

3.1. Concessão de serviços públicos

A despeito do art. 175 da Constituição da República ser bastante claro ao dizer que ao Estado é permitido delegar a prestação de serviços públicos por meio dos institutos da concessão e da permissão, cumpre ressaltar que é a concessão o instrumento precípua de outorga de serviços públicos a particulares.

Essa afirmação, contrariamente ao que possa parecer, não representa qualquer desdém ao instituto da permissão. Também não consiste em um formalismo exagerado para com a outorga dos serviços à iniciativa privada. Diz-se que a concessão é o instrumento ideal para a delegação de serviços públicos pois é o instituto que oferece maior garantia de qualidade na prestação desses serviços aos usuários, principalmente no que diz respeito aos princípios da generalidade e eficiência, bem como maior segurança econômica aos delegatários.

Para que melhor compreendido possa ser o estudo sobre o instituto da concessão cumpre trazer à luz a brilhante definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço²⁶.

Também Maria Silvia Di Pietro propõe interessante conceituação acerca do instituto da concessão de serviços públicos:

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 725 e 726.

Daí definirmos a concessão de serviço público como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço²⁷.

Da conceituação proposta por dois dos maiores administrativistas do país, é necessário que se extraia pontos da mais absoluta relevância para a compreensão do instituto. Em primeiro lugar, destaca-se a natureza contratual da concessão, com prazo determinado. O fato de ser instrumentalizada por meio de contrato administrativo, faz com que a concessão leve segurança ao Estado (poder concedente), ao ente privado (concessionário) e também aos usuários.

Tal segurança, expressa pelo contrato com prazo determinado, implica dizer que o Estado gozará das chamadas cláusulas regulamentares, que o permitem fiscalizar o serviço público que está sendo prestado em seu nome, além de permiti-lo gerir o contrato, bem como rescindi-lo, conforme o interesse público e desempenho do concessionário, podendo, para tanto, lançar mão de institutos como a encampação e caducidade, previstos pela Lei Geral de Concessões, garantido o direito do particular ao ressarcimento por perdas e danos no caso da encampação, justamente devido à natureza contratual.

A natureza contratual expressa também maior segurança aos concessionários e aos usuários, pois, aos primeiros, são garantidas as circunstâncias econômicas, ou seja, lucros e investimentos previstos quando da assinatura do contrato. Assim, caso o Estado implemente, unilateralmente, alterações qualitativas ou quantitativas na prestação do serviço público, surge ao concessionário a pretensão de reaver o equilíbrio econômico-financeiro da relação, de forma a garantir seus ganhos contratualmente previstos.

Aos segundos, usuários, por sua vez, é garantida, por meio do contrato administrativo, a modicidade tarifária, ou seja, a modicidade do valor pago para a fruição do serviço público, pois o valor da tarifa, prazo para retorno de investimentos do concessionário, bem como os índices e períodos de reajuste estão previamente previstos no contrato de concessão. Garante-se aos usuários, ainda, a universalização dos serviços, na medida do que prevê o contrato, sendo possível cobrar tal dever do Estado e do concessionário.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, Atlas, São Paulo, 2015, p. 78.

Em segundo lugar, destacam ambos os autores que a concessão é instrumento por meio do qual o Estado delega a prestação de serviços públicos aos particulares para que o exerçam em nome próprio. Com efeito, nesse ponto é necessário discordar dos autores supracitados.

Ora, conforme já estudado, é bastante clara a ideia de que o direito administrativo contemporâneo admite a delegação de serviços públicos à iniciativa privada, conforme é possível perceber da simples leitura do art. 175 da Constituição. Porém, a despeito disso, o Estado mantém a titularidade do serviço, caso contrário, não se estaria a falar de delegação ou outorga. Assim, como o art. 21 da Constituição mantém os serviços públicos lato sensu como competências públicas, o correto é dizer que a concessão é instituto por meio do qual o Estado delega a prestação de serviços públicos à iniciativa privada para exercê-los em seu nome; não em nome próprio, pois mantém-se a titularidade estatal do serviço.

Por último, vale ressaltar que é inerente à concessão a remuneração pelos usuários, por meio de tarifas. De forma ainda mais específica, cumpre dizer que o concessionário somente pode se remunerar por meio da exploração do serviço a ele outorgado, sob pena de desnaturação do instituto da concessão.

Obviamente que já se admite formas de receitas paralelas à remuneração via tarifa paga pelos usuários, como é o caso da cobrança pelo uso das faixas de domínio nas concessões rodoviárias. Porém, é facilmente perceptível que mesmo essas receitas complementares são decorrentes da exploração do serviço outorgado aos concessionários, pois, se não houvesse, por exemplo, a concessão rodoviária, não existiria, por conseguinte, a possibilidade de exploração das faixas de domínio.

Para concluir, portanto, essa breve reflexão sobre o instituto da concessão, que deve ser entendido como o instrumento precípua de delegação de serviços públicos à iniciativa privada, vale trazer, como complemento às conceituações doutrinárias, o conceito legal de concessão, expresso no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões):

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (...)

O conceito legal acrescenta ao entendimento doutrinário, portanto, o fato de que a concessão de serviço público deve sempre ser concretizada mediante licitação na modalidade concorrência e a delegação deve se dar, exclusivamente, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a prestação do serviço por sua conta e risco.

Ou seja, no âmbito do instituto da concessão, jamais poderá haver a delegação de serviços públicos a pessoa física, o que serve a aumentar a higidez, confiabilidade e qualidade do serviço público a ser prestado pelo ente privado, pois, notadamente, é inegável o maior grau de especialização, quanto à atividade comercial, das pessoas jurídicas frente às pessoas físicas.

Esse detalhe, inclusive, está bem inserido no conceito proposto por Carvalho Filho ao instituto da concessão de serviços públicos:

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário²⁸.

Outrossim, para finalizar a análise, não se pode olvidar do requisito imposto pela Lei quanto ao prazo determinado para a concessão do serviço. Além de garantir a isonomia e a impessoalidade, por permitir que haja possibilidade de participação a diversas empresas ou consórcios de empresas ao longo do tempo, tal previsão ainda é extremamente benéfica ao alcance da eficiência, pois dá ao concessionário segurança quanto ao retorno de seus investimentos, calculado durante o período certo e determinado da concessão.

²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 2013, p. 371.

Assim, a segurança do concessionário quanto ao retorno dos investimentos o permite um maior dispêndio de recursos com vistas a melhorar a qualidade do serviço público prestado, beneficiando diretamente o usuário do serviço.

Não restam dúvidas, portanto, sobre o fato de que, apesar da Constituição prever a delegação de serviços públicos tanto por meio da concessão, quanto por meio da permissão, é a concessão o instituto mais adequado e, portanto, instrumento precípua da delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, pois mais vantajoso e seguro para todas as partes da relação.

3.2. Permissão de serviços públicos

Quando, pois, debruçamo-nos sobre o estudo do instituto da permissão, torna-se mais evidente a afirmação anterior, no sentido de que é a concessão o instrumento mais correto para a outorga de serviços públicos, o que é justificável pelas três diferenças essenciais entre concessão e permissão. Diferenças essas que, aliás, consistem na única forma de se separar os institutos em categorias distintas.

Porém, antes de passar ao estudo detido sobre quais tipos de serviços públicos podem ser outorgados por meio do instituto da permissão, faz-se necessário promover a conceituação desse instituto, de forma a delimitar as ideias do estudo pretendido.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao definir o que, tradicionalmente, chama-se por permissão, traz à luz o seguinte:

Permissão de serviço público, segundo conceito tradicionalmente acolhido na doutrina, é o ato unilateral e precário, intuito personae, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários. Dita outorga se faz por licitação (art. 175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação²⁹.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 783.

Maria Sylvia Di Pietro também menciona a conceituação tradicional do instituto da permissão, segundo a qual:

O vocábulo “permissão” possui um sentido amplo, que designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público por terceiros³⁰.

Dessa conceituação tradicional da permissão, poder-se-ia dizer que a principal característica desse instituto é que, contrariamente à concessão, não possui natureza jurídica de contrato administrativo, mas sim de ato administrativo unilateral do Estado delegando a prestação de serviço público ou direito de uso de bem público a determinado ente privado.

No entanto, com o advento da Constituição de 1988, a doutrina administrativista se viu diante de uma perplexidade conceitual, tendo em conta que o art. 175 do texto constitucional conferiu à permissão natureza contratual, possibilitando que funcionasse como instrumento de delegação da prestação de serviços públicos. Tal regra foi ainda repetida e aperfeiçoada pelo art. 2º, inciso IV, da Lei nº 8.987/95, segundo o qual:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

IV – permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Veja-se, portanto, que a principal diferença entre os institutos da concessão e permissão acabou por se esvaír diante da inovação trazida pelo Constituição e pela Lei de Concessões. Hodiernamente, então, é necessário entender a permissão de serviços públicos como um instituto que possui natureza jurídica de contrato administrativo.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, Atlas, São Paulo, 2015, p. 134.

Diante de tal inovação conceitual imposta à permissão, torna-se pedra de toque para a caracterização do instituto, de forma a separá-lo definitivamente da concessão, o fato da delegação por meio da permissão ocorrer a título precário. Ou seja, apesar de contrato administrativo assinado por prazo certo, pelo período que subsistir o interesse público na prestação do serviço pelo particular, pois o art. 57, §3º, da Lei nº 8.666/93 veda a celebração de contratos sem prazo estabelecido, esse prazo não é determinado, pois o título transferido ao particular é precário.

Na prática, isso significa que, cessado o interesse público na prestação do serviço pelo particular, a Administração Pública pode rescindir o contrato de permissão, sem que o particular tenha qualquer direito a reparação por perdas e danos decorrentes da rescisão. Explico: enquanto na concessão a encampação, que é a rescisão contratual unilateral por interesse público, gera ao concessionário direito a reparação pecuniária, pois o contrato de concessão possui tempo determinado; na permissão, que é instrumento de delegação precário, ou seja, sem prazo determinado, a rescisão contratual não gera qualquer direito ao permissionário, pois a ele não havia sido garantido, contratualmente, prazo determinado para a exploração do serviço.

Embora alguns autores respeitados, como Hely Lopes Meirelles e Cretella Júnior, insistam em que é possível existir permissões com prazo determinado, chamadas, pelo primeiro Autor, de permissões condicionadas e, pelo segundo, de permissões qualificadas³¹, aqui opta-se por rechaçar esses entendimentos.

Se as permissões pudessem ser realizadas por prazo determinado, além de se estar agindo *contra legem*, estaria a se desnaturar por completo o instituto da permissão, travestindo-o em uma concessão, pois a precariedade é, tradicionalmente, da natureza jurídica desse instituto.

Ademais, deve-se ressaltar que existe outra diferença, mais pontual, que é característica inerente ao instituto da permissão. É de se notar que os dispositivos da Lei nº 8.987/95 que definem concessão e permissão, qual sejam, art. 2º, respectivamente, incisos II e IV, trazem diferenças quanto aos entes privados que podem ser delegatários de serviços públicos em um contrato de concessão (concessionário) e em um contrato de permissão (permissionário).

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 787.

Com efeito, somente pode ser concessionário de serviço público pessoa jurídica ou consórcio de empresas que comprovem capacidade para prestar o serviço por sua conta e risco. Entretanto, além daqueles que podem ser concessionários, pode também ser permissionária qualquer pessoa física que demonstre capacidade para a prestação do serviço público a ser delegado. Essa distinção, assim como a precariedade, tem uma razão de ser, pois afeta diretamente o tipo de serviço público que pode ser delegado por meio de cada instrumento.

Conforme já se demonstrou em tópico anterior, a concessão é a forma de delegação mais adequada para qualquer serviço público, pois esse tipo de serviço, por sua natureza revestida de essencialidade, exige grandes responsabilidades e investimentos em sua prestação e os mais amplos meios de fiscalização qualitativa e contratual por parte do Estado, o que é proporcionado pelo instituto da concessão.

Além disso, é necessária a percepção de que grande parte dos serviços públicos lato sensu, elencados, portanto, no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988, que podem ser outorgados à iniciativa privada, são serviços de alta complexidade e que demandam investimentos altos e de longo prazo para que se garanta a modicidade tarifária e universalização.

Tais serviços, por certo, não devem ser delegados mediante permissão, pois esse instituto, por representar delegação precária, torna insegura, para o ente privado, a realização de grandes investimentos em longo prazo, justamente por que não se tem certeza do prazo pelo qual se poderá explorar os serviços. Assim, se o permissionário viesse a se arriscar, realizando um investimento de longo prazo, e, no interregno de recuperação do investimento o Estado rescindisse o contrato, nenhum direito a reparação acobertaria tal permissionário, pois o Estado havia concedido a esse particular apenas um título precário, rescindível, portanto, a qualquer momento.

A delegação por via da concessão, por outro lado, permite ao ente privado, a partir da duração contratual determinada, o cálculo preciso dos investimentos a serem realizados durante a execução contratual, bem como o cálculo de seus lucros a partir da equação econômico-financeira que deve ser mantida pelo Estado durante todo o período contratual.

Sobre o aspecto da dúvida a respeito de quais serviços públicos seriam delegáveis via permissão, vale ressaltar a esclarecedora posição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando: a) o permissionário não necessitasse alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada³².

Para concluir essa breve reflexão sobre o instituto da permissão, portanto, vale dizer que o Estado deve outorgar serviços públicos por meio desse instituto somente quando assim o prouver o interesse público, ou seja, quando houver realmente a necessidade de uma prestação rescindível a qualquer tempo, sem que seja, o Estado, responsabilizado por danos decorrentes dessa rescisão.

Por outro lado, em essência, a permissão apenas seria conveniente ao particular quando se tratar de serviço público que não exija grandes investimentos de logo prazo para viabilizar a sua prestação, pois, se assim fosse, não teria esse particular garantia alguma quanto ao retorno desse investimento, ficando a mercê da discricionariedade estatal.

3.3. Autorização para exploração de competências públicas por entes privados

Antes de se começar essa pretensa análise sobre o instituto da autorização, é necessário ter em mente que esse instrumento é absolutamente inadequado para a delegação de serviços públicos, pois sequer possui natureza jurídica contratual.

Com efeito, é a definição dada por José dos Santos Carvalho Filho a que melhor caracteriza os elementos da autorização:

Autorização é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, Malheiros, São Paulo, 2015, p. 783.

*interesse. É ato discricionário e precário, características, portanto, idênticas às da permissão*³³.

De início, característica do instituto da autorização que, de plano, salta aos olhos do leitor, é o fato de possuir natureza jurídica de ato administrativo; não de contrato, como ocorre com a concessão e permissão. Ora, já é este elemento crucial para o entendimento de que tal instituto não confere a mínima estabilidade necessária a um particular que presta um serviço público. Ademais, é também a autorização discricionária e precária, o que não permite o adequado investimento necessário à prestação de serviços públicos complexos.

Justamente por esses motivos é que acrescenta Carvalho Filho, à sua definição do instituto, que é a autorização o ato pelo qual a Administração consente que o particular exerça determinada atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse, ou seja, não exercerá a atividade consentida em prol dos interesses da coletividade, pois o instrumento da autorização não é capaz de sustentar toda a estrutura econômica e fiscalizatória inerente à delegação de serviços públicos.

Diante dessas afirmações, questionar-se-á, portanto, o porquê de o art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988, supostamente ter colocado a autorização como um instrumento de outorga dos serviços públicos aqui classificados como *lato sensu*. Por outro lado, se ali colocada como instituto hábil à delegação de serviços públicos *lato sensu*, questionar-se-á, então, o motivo de o art. 175, do mesmo texto constitucional, asseverar, mais adiante, que os serviços públicos só podem ser delegados à prestação indireta de particulares por meio dos institutos da concessão e permissão.

Conforme já se afirmou em linhas anteriores, não representam esses dispositivos uma antinomia no texto constitucional. Pelo contrário, para que se entenda a qual situação fática o constituinte se referia ao, aparentemente, lançar mão de dispositivos contraditórios, é necessário que se busque uma visão integrativa desses dispositivos.

Em linhas anteriores, houve um esforço no sentido de se chegar a um conceito de serviço público, o que levou a crer que tais serviços são de titularidade do Estado, prestados diretamente por ele ou por seus delegatários, sempre sob um regime de direito público e em prol do interesse coletivo. Dessa forma, podem as competências públicas

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 2013, p. 146.

elencadas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição ser ou não serviços públicos, a depender do contexto prático em que se inserirem.

Para que aquelas competências sejam serviços públicos lato sensu, portanto, é imperioso que, além de competências públicas, ou seja, atividades de titularidade do Estado, sejam também prestadas sob o regime de direito público e em prol dos interesses de toda a coletividade.

Pegemos, por exemplo, o caso da exploração do aproveitamento energético dos cursos de água. Dentro dessa mesma atividade, é possível que determinada empresa esteja interessada explorar o potencial energético de certo curso de água construindo uma usina hidroelétrica que terá como objetivo o atendimento da demanda energética de todo o país. Nesse caso, trata-se, evidentemente, da exploração do aproveitamento energético como serviço público, pois será necessariamente prestado em prol do interesse de todos os brasileiros e em regime de direito público, por meio de um contrato de concessão regido pela Lei nº 8.987/95.

Por outro lado, imaginemos uma grande empresa produtora de leite e derivados de laticínios, que queira construir sua indústria integrada à sua fazenda produtora de leite, onde não há suprimento energético proporcionado pelo Estado ou concessionário, mas cuja localização, por sua vez, está às margens de um rio que possui grande potencial hidroelétrico. Pode essa empresa, portanto, requerer ao Estado a exploração do aproveitamento energético desse curso de água, competência pública, para aplicá-lo à satisfação de seus interesses exclusivos, expressos no abastecimento energético de sua indústria. Nesse caso, poderá o Estado, por um juízo de conveniência e oportunidade e valendo-se do instituto da autorização, consentir que esse particular hipotético explore uma competência pública.

No segundo caso, portanto, a exploração do aproveitamento energético do curso de água não se tratará de serviço público, pois, a despeito de ser competência pública elencada no art. 21, inciso XII, da Constituição, será explorado em regime de direito privado, pois em prol, unicamente, dos interesses do autoritário; não da coletividade como um todo. Assim, poderá o Estado se valer da autorização apenas para outorgar ao particular a exploração de uma competência pública em prol, unicamente, de seus próprios interesses.

Quando caracterizadas como serviço público lato sensu, ou seja, quando além da titularidade estatal são prestadas sob um regime de direito público e em prol da coletividade, por outro lado, de acordo com o que prescreve o art. 175 da Constituição, devem ser essas competências públicas delegadas à iniciativa privada somente por meio dos institutos da concessão e permissão, sempre precedidos de licitação; jamais, portanto, por meio de autorização.

Nesse sentido também caminha, em parte, o entendimento de Maria Sylvia Di Pietro:

Isto ocorre por que a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que, na concessão e permissão, constitui serviço público no duplo aspecto de titularidade do Estado e de prestação ao público (no interesse geral), quando se trata de autorização perde essa segunda característica porque, embora continue a titularidade da União (como decorre do art. 21, XI e XII, da Constituição), não é prestada ao público, no interesse geral, mas no interesse restrito do próprio beneficiário da autorização. Não se pode incluir as atividades previstas nesse dispositivo da Constituição entre as atividades privadas, abertas à livre iniciativa, exatamente pelo fato de serem constitucionalmente atribuídas à titularidade da União³⁴.

Entretanto, é necessário discordar da Autora sob certos aspectos, pois, conforme estudado em linhas anteriores, a definição de serviço público é bastante restrita, devendo atender aos três requisitos elementares propostos pela Escola de Serviço Público. Assim, se as autorizações são o instrumento de outorga de competências públicas a particulares, para que as exerçam em benefício exclusivo, é certo que não se pode denominar o instituto por “autorização de serviço público”, pois, se não é prestado em prol do interesse da coletividade, mas sim do interesse particular, não é serviço público segundo a definição aqui adotada.

Outrossim, assiste razão à Di Pietro ao asseverar que não se pode incluir as atividades elencadas no referido dispositivo constitucional entre as atividades privadas abertas à livre iniciativa. Com efeito, essa é a razão da presença do instituto da autorização

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, Atlas, São Paulo, 2015, p. 140.

no texto dos incisos XI e XII do art. 21. Pois, pelo fato de serem competências públicas, mas nem sempre serviços públicos, é necessária a existência de um ato formal que consinta ao particular a exploração exclusiva dessa competência pública em interesse próprio, pois não deixa de ser atividade de titularidade da União.

Para finalizar essa breve reflexão sobre a autorização, portanto, vale ressaltar que tal instituto, contrariamente ao que se possa entender da simples leitura do art. 21, XI e XII, não é instrumento adequado para a outorga dos serviços públicos lato sensu. Isto porque tais dispositivos constitucionais devem ser lidos em complementaridade ao disposto no art. 175 do mesmo texto constitucional, o qual reserva aos serviços públicos a delegação exclusivamente pelos institutos da concessão e da permissão.

É a autorização, por conseguinte, instrumento adequado para que o Estado manifeste seu consentimento quanto à exploração, por determinado particular, de uma competência pública elencada no art. 21, XI e XII, em benefício privado exclusivo, o que desnatura a natureza pública do serviço.

3.4. Comparativo entre os instrumentos de outorga: a inadequação da autorização para a outorga de serviços públicos

É certo, portanto, conforme as reflexões delineadas, que cada um dos instrumentos de outorga de serviço público, bem como a autorização para exploração de competências públicas, tem sua razão para integrar o texto dos incisos XI e XII, do art. 21, da Constituição Federal. Esse tópico, portanto, será reservado apenas para um breve comparativo dos institutos, de forma a reafirmar suas funções.

Em primeiro lugar, destaca-se o instituto da concessão como o instrumento precípuo de outorga de serviços públicos. Trata-se de instituto que possui natureza jurídica contratual e possui prazo determinado para seu término, o que possibilita maior segurança e planejamento econômico ao concessionário, benefícios aos usuários em razão da maior quantidade de investimentos possibilitados pelo longo e determinado prazo de retorno, além de maior controle por parte do Estado na fiscalização da prestação do serviço pelo particular, por meio das chamadas cláusulas regulamentares.

Também um instrumento possível para a outorga de serviços públicos, porém, mais restrito do que a concessão, a permissão deve ser utilizada pelo Estado, na delegação de serviços públicos, quando o interesse público exigir que tal delegação seja breve e rescindível a qualquer tempo, sem implicar em prejuízos à Administração. Isto porque a permissão, apesar de também possuir natureza contratual, é outorgada a título precário, ou seja, com prazo certo, porém, não determinado. Por esses motivos, não deve ser aplicada a serviços que exijam investimentos altos e a longo prazo.

Por fim, e mais distante técnica e conceitualmente dos institutos anteriores, a autorização não é instrumento de delegação de serviços públicos, pois assim veda o art. 175 da Constituição Federal. Mesmo que não houvesse vedação constitucional, é certo, como já visto, que a natureza jurídica de ato administrativo precário e discricionário, por si só, já seria suficiente para excluir a autorização de serviços públicos. É instituto importante, por outro lado, por que permite ao Estado consentir na exploração, por particulares em interesse próprio, de competências públicas constitucionais.

Nesse sentido, uma vez esclarecida a problemática quanto à complementaridade do art. 21, XI e XII, com relação ao art. 175, ambos da Constituição. Cabe, agora, analisar, à luz da constituição e da conceituação trabalhada anteriormente, o problema concreto gerado a partir do permissivo legal para a outorga dos serviços públicos de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros e transporte aquaviário por meio de autorização, o que contraria a sistemática constitucional e os conceitos aqui trabalhados até o momento.

CAPÍTULO IV

O PROBLEMA NO CASO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE

4.1. O permissivo legal para a delegação dos serviços públicos de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros e transporte aquaviário por meio de autorização

O problema que passa a ser analisado tem sua gênese nas alterações trazidas pela Lei nº 12.996/14 ao texto original da Lei nº 10.233/01. Este último diploma legal, deve-se reconhecer, foi o grande responsável pela evolução brasileira na integração do território nacional e melhorias no sistema de transportes, seja de cargas, seja de passageiros. Isto porque tal Lei criou importantes figuras regulatórias como a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, reestruturando, dessa forma, a dinâmica dos transportes terrestres e aquaviários.

Ocorre, porém, que de forma irresponsável para com o sistema constitucional e legislação administrativa, a Lei nº 12.996/14 alterou o art. 13, inciso V, da Lei nº 10.233/01, conferindo ao dispositivo a seguinte redação:

Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

V – autorização, quando se tratar de:

- a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros;*
- b) prestação de serviço de transporte aquaviário;*
- c) exploração de infraestrutura de uso privativo;*
- d) transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura ferroviária, por operador ferroviário independente;*
- e) prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura.*

Note-se, portanto, que além de competências públicas a serem exploradas de forma exclusiva por entes privados, o legislador ordinário acabou por incluir, nas hipóteses de outorga por meio de autorização, dois serviços públicos, quais sejam, o transporte aquaviário e o transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros.

Ora, conforme se demonstrará adiante, ambas as modalidades de transporte são serviços públicos que, por sua natureza e por expressa determinação constitucional, não

podem ser outorgados pelo instrumento da autorização; mas sim por concessão ou permissão.

4.1.1. Os serviços de transporte terrestre coletivo entre fronteiras e transporte aquaviário como serviços públicos

Vale retomar, com o fim de dar melhor enquadramento aos serviços em tela, o conceito de serviços públicos a que se chegou com fundamento na argumentação tecida no Capítulo II. Assim, segundo o que aqui se entende, serviço público *é toda atividade essencial à satisfação das necessidades coletivas em determinada sociedade, de titularidade do Estado, podendo ser por ele prestada diretamente ou por meio de outorga à iniciativa privada, sempre sob um regime de direito público caracterizador da titularidade estatal e da necessidade de controle e fiscalização da prestação sob os ditames da generalidade, continuidade, eficiência e modicidade.*

Ora, não há dúvidas de que os serviços em questão são dotados de essencialidade, pois absolutamente necessários a suprir as demandas de deslocamento da coletividade e, diga-se, não somente de passageiros, tendo em vista que o transporte aquaviário de cargas representa alta importância para a logística brasileira, principalmente no que concerne à navegação de cabotagem.

Tamanha é a importância desses serviços para a coletividade que, conforme bem retrata Andrade Vianna³⁵, quando a ANTT realizou audiência pública para definir os contornos regulatórios do mencionado serviço de transporte terrestre, recebeu ao todo 264 contribuições, de cerca de 223 participantes e abordando, aproximadamente, 652 aspectos distintos, quando, normalmente, recebe entre 40 e 70 contribuições, quando há audiências bem-sucedidas. É notável, portanto, o grande interesse da coletividade nesse tipo de transporte, pelo que é evidente seu grau de essencialidade.

Além do aspecto da essencialidade, é notório, pelos contornos trazidos pela Lei, que tanto o serviço de transporte aquaviário, quanto o serviço de transporte terrestre

³⁵ VIANNA, Fernando Villela de Andrade. A experiência federal e o novo marco regulatório para o transporte rodoviário interestadual de passageiros. In: Revista Justiça e Cidadania, 2015, Edição 183, p. 39.

coletivo entre fronteiras serão prestados pelos autorizatários em prol do interesse coletivo, ou seja, serão ofertados a toda a coletividade, não se limitando ao benefício exclusivo do particular que detém a autorização. Perfaz-se, então, o interesse coletivo.

Na forma do que define a lei, ou seja, referindo-se à prestação do serviço de maneira ampla e geral, abrangendo toda e qualquer circunstância de prestação desses serviços, é certo que o particular autorizatário não o exercerá em interesse próprio, mas sim ofertando-o a toda a coletividade. Assim sendo, é indevido o uso da autorização para a outorga nesses casos, por se tratarem de serviços públicos. Não o seria, por exemplo, se a autorização fosse conferida a uma empresa que realizaria o transporte aquaviário e terrestre para transportar somente suas próprias cargas e funcionários, integrando sua atividade comercial, o que não expressa a hipótese trazida pela Lei.

Outrossim, percebe-se, ainda, da simples leitura do art. 21, inciso XII, alíneas “b” e “e”, que tais serviços são competências públicas, ou seja, são de titularidade do Estado, podendo ser outorgados à iniciativa privada (prestação indireta). Ademais, do interesse coletivo e titularidade estatal, decorre o fato de que a prestação desse serviço deve ser rigorosamente fiscalizada pelo Estado, com a utilização de todos os instrumentos que garantem a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que significa a prestação sob um regime de direito público.

Nesse sentido, é necessária a conclusão de que, por serem de titularidade do Estado, podendo por ele ser prestados direta ou indiretamente, sob um regime de direito público e em prol do interesse coletivo, são os serviços de transporte terrestre coletivo entre fronteiras e transporte aquaviário, inequivocamente, serviços públicos lato sensu que, por disposição constitucional, somente podem ser delegados à prestação da iniciativa privada por meio de concessão e permissão, sempre precedidas de licitação.

4.1.2. A inobservância do art. 175 da Constituição de 1988: inconstitucionalidade do art. 13, inciso V, alíneas “b” e “e”, da Lei nº 10.233/01

Uma vez ficando claro o entendimento de que são os serviços elencados nas referidas alíneas “b” e “e” de natureza pública, é certo que, pela prescrição do art. 175 da Constituição Federal, ambos somente podem ser outorgados à iniciativa privada por meio

da concessão ou da permissão; jamais da autorização, como permitiu o legislador ordinário, ao arrepio da regra constitucional.

Vale dizer, ainda, que, a despeito da vedação imposta pelo art. 175, deve-se destacar que a autorização, conforme já estudado, é ato administrativo discricionário e precário e, dessa natureza jurídica, decorrem três graves problemas. O primeiro deles está no fato de que ambos os serviços, para serem prestados com a devida qualidade, demandam altos investimentos em frota, manutenção e funcionários qualificados e, como se trata de outorga precária, tais investimentos não poderão ser recuperados no longo prazo, o que prejudica a modicidade tarifária. Assim, pelas características dos serviços, o correto seria outorga-los através de concessão.

Além disso, tem-se, em segundo lugar, a evidente burla à obrigatoriedade de licitação, imposta pelo art. 175, para a delegação de serviços públicos por meio de concessão e permissão. Esse desrespeito velado, por sua vez, gera o terceiro grave problema, que é a violação ao princípio da impessoalidade, contido no art. 37, caput, do texto constitucional.

Mesmo que, sob o prisma do princípio da celeridade, possa parecer a autorização um instituto melhor adequado à sempre crescente demanda pelos serviços de transporte no Brasil, pois se dispensaria todas as formalidade inerentes à concessão e à permissão, como o procedimento licitatório e a assinatura de contrato, é certo que com a celeridade, no presente caso, colidem os princípios da impessoalidade e da eficiência, pois a possibilidade de delegação de um serviço público sem o devido procedimento licitatório isonômico e a impossibilidade de realização dos investimentos necessários à prestação do serviço, devido à precariedade da delegação, prejudicam, respectivamente, a efetividade dos princípios da impessoalidade e da eficiência.

É sabido que, em tese, não há hierarquia entre princípios constitucionais, portanto, permaneceria o impasse acima narrado. Ocorre, entretanto, que o caso envolve, também, a regra constitucional expressa contida no art. 175, cujo teor desequilibra a balança e encerra a argumentação em torno dos princípios abertos a favor da impessoalidade e da eficiência.

Nesse sentido, portanto, resta solidamente demonstrado que o permissivo legal em comento é inconstitucional, sendo o reflexo prático do uso indevido, e seus diversos

problemas, do instituto da autorização como instrumento para a delegação de serviços públicos.

CONCLUSÃO

Não poderia ser outra a conclusão desse trabalho, portanto, senão a de que o instituto da autorização é absolutamente inadequado para a delegação de quaisquer serviços públicos lato sensu elencados no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal. Com efeito, a autorização prescrita nesses dispositivos, como alternativa à concessão e à permissão, é adequada somente para expressar ato de consentimento do Estado, discricionário e precário, para que determinado particular explore uma competência pública federal em proveito exclusivo; não da coletividade como um todo, pois a leitura complementar do art. 175, também do texto constitucional, assim o exige.

Além da vedação constitucional, pode-se ressaltar, ainda, que a natureza de ato administrativo conferida ao instituto, bem como a discricionariedade e precariedade do ato de outorga, são fatores que também não permitem a delegação de serviços público por via da autorização.

Como bem exposto em linhas anteriores, o fato de ser ato precário, ou seja, sem prazo determinado, torna a relação insegura para o autorizatário, que opta por não fazer altos investimentos, pois não sabe qual o período de recuperação desse investimento, prejudicando a qualidade dos serviços prestados; ou mesmo realiza altos investimentos, porém, com recuperação no curto prazo, o que afeta a efetividade do princípio da modicidade tarifária.

Ademais, a natureza jurídica de ato administrativo da autorização impede que haja regras prévias e objetivas para a aferição da qualidade do serviço e meios de fiscalização e gestão por parte do Poder Concedente, o que, por certo, somente seria possível em um contrato administrativo, formalizado por meio de concessão ou permissão, institutos que possuem natureza jurídica contratual.

Outrossim, deve-se pesar, ainda, que, para a delegação de um serviço público por meio de autorização, como ocorre com os serviços de transporte terrestre coletivo entre fronteiras e transporte aquaviário, não se faz necessário prévio procedimento licitatório,

que, pelos ditames do art. 175, só seria aplicável às concessões e permissões, o que viola frontalmente o princípio da impessoalidade das relações do Estado com particulares.

Nesse sentido, portanto, as delegações de serviços públicos devem ser feitas, precipuamente, por meio de concessão, pois é instituto que possui natureza jurídica contratual e prazo certo e determinado. Por outro lado, conforme autoriza a Constituição, o Estado pode também delegar seus serviços por meio de permissão, porém, somente quando o interesse público exigir que a prestação pelo particular se dê por período exíguo e seja rescindível a qualquer tempo sem gerar prejuízos à Administração. Jamais, por conseguinte, deve-se utilizar o instituto da autorização para a outorga de serviços públicos, sob pena de inconstitucionalidade e violação às normas e preceitos do direito administrativo pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, Atlas, 26ª Edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo, Atlas, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública, Atlas, São Paulo, 2015.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 1998.

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. Constituição, energia e setor elétrico. Porto Alegre, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 1993.

MOSQUETTI, Ellen. Estudo da noção de Serviço Público na relação sociedade/tempo/Direito. In: A construção sociojurídica do tempo, Curitiba, Editora Juruá, 2012.

ORTIZ, Gaspar Ariño; MARTINEZ, Juan Miguel de La Cuétera; LOPEZ MUNIZ, J. L. Martinez. El nuevo servicio público. Madrid: Marcial Pons, 1997.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de concessão de serviços públicos. Curitiba: Juruá, 2002.

TORRES, Maíra Ayres. Serviço Público Líquido – A lógica residual no Estado Regulador. In: Teoria do Estado Regulador, Curitiba, Juruá, 2015.

VIANNA, Fernando Villela de Andrade. A experiência federal e o novo marco regulatório para o transporte rodoviário interestadual de passageiros. In: Revista Justiça e Cidadania, 2015, Edição 183.