
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 32	p. 1-256	abr./jun. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)

Alice Gonzáles Borges (Brasil)

Antonello Tarzia (Itália)

Carlos Ari Sundfeld (Brasil)

Carlos Ayres Britto (Brasil)

Carlos Delpiazzo (Uruguai)

Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)

Celso Antônio Bandeira de Mello

(Brasil)

Clèmerson Merlin Clève (Brasil)

Clovis Beznos (Brasil)

Enrique Silva Cimma (Chile)

Eros Roberto Grau (Brasil)

Fabício Motta (Brasil)

Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam*

(Argentina)

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam*
(Argentina)

José Carlos Abraão (Brasil)

José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)

José Luís Said (Argentina)

José Mario Serrate Paz (Uruguai)

Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)

Juarez Freitas (Brasil)

Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam*

(Argentina)

Luis Enrique Chase Plate (Paraguai)

Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho -

in memoriam (Brasil)

Marçal Justen Filho (Brasil)

Marcelo Figueiredo (Brasil)

Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)

Nelson Figueiredo (Brasil)

Odilon Borges Junior (Brasil)

Pascual Caiella (Argentina)

Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)

Paulo Henrique Blasi (Brasil)

Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam*

(Brasil)

Paulo Ricardo Schier (Brasil)

Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)

Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)

Rogério Gesta Leal (Brasil)

Rolando Pantoja Bauzá (Chile)

Sérgio Ferraz (Brasil)

Valmir Pontes Filho (Brasil)

Yara Stropa (Brasil)

Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© Editora Fórum Ltda. 2008

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Revisora: Lourdes Nascimento
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta
Diagramação: Marcelo Belico
Bibliotecária: Fernanda de Paula Moreira -
CRB 2900 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República)

Luiz Gustavo Kaercher Loureiro

Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Membro do Centro de Estudos de Serviços e Políticas Públicas Alternativas para o Setor Elétrico (CESPPASE/UNISC). Professor Voluntário da Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos de Direito da Energia Elétrica (GEEL/UnB).

Resumo: Aborda a atuação econômica estatal direta, suas hipóteses e regimes jurídicos, através de uma visão de conjunto. Para tratar dos fundamentos, fins, ditames e princípios da ordem econômica, analisa os artigos 170 e 174 da Constituição Federal. Demonstra elementos genéricos caracterizadores da atuação econômica estatal direta. Aborda as espécies de atividade estatal direta, bem como seus respectivos fundamentos constitucionais. Subdivide a atividade econômica estatal em três grupos. Trata dos serviços públicos, analisando especialmente o artigo 175 da Constituição Federal. Relaciona os serviços públicos e atividades econômicas estatais que atendam a imperativo de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Por fim, menciona acerca da função do conceito de serviço público e o espaço reservado ao legislador ordinário.

Palavras-chave: Atuação econômica estatal direta. Ordem econômica. Espécies de atividades estatais diretas. Serviços Públicos. Segurança nacional. Relevante interesse coletivo.¹

Sumário: Introdução - **1** Fundamentos, fim, ditames e princípios da ordem econômica - **1.1** O art. 170 da Constituição da República - **1.2** As competências “clássicas”: regulação, fiscalização e fomento (art. 174) - **2** Atuação econômica estatal direta - **2.1** O critério de seleção dos casos de atuação econômica estatal direta na Constituição - **2.2** Elementos genéricos caracterizadores de toda e qualquer atuação econômica estatal direta - **3** A atuação direta – a dinâmica conceitual dos arts. 173 e 175 - **4** As atividades econômicas relacionadas com “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” (Grupo A) - **5** As atividades econômicas atribuídas pela Constituição ao Estado (Grupo B) - **5.1** Casos de atribuição sem qualificação (Subgrupo B.1) - **5.2** Casos (expressos) de serviços públicos (Subgrupo B.2) - **5.3** Casos de atribuição com parcial indicação do regime jurídico (Subgrupo B.3) - **6** Os serviços públicos: definição, regime jurídico - **7** As relações - **7.1** Serviços públicos e atividades econômicas estatais que atendam a imperativo de segurança nacional e relevante interesse público - **7.2** Serviços públicos e as atividades econômicas atribuídas ao Poder Público pela Constituição – A função do conceito de serviço público e o espaço do legislador ordinário

¹ Resumo e palavras-chave por Andréia Schuta, Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

Introdução

Tomando como ponto de partida os textos constitucionais pertinentes, o objetivo deste estudo é esboçar um quadro das formas jurídicas que pode assumir a ação estatal direta na economia, i.e., a atividade do poder público como agente de produção e/ou circulação de bens ou serviços economicamente apreciáveis e fruíveis individualmente pelos destinatários, sejam essas pessoas físicas ou jurídicas. Este esboço tem caráter meramente exploratório, de modo que muitos temas complexos, que necessitariam de ulteriores aprofundamentos, são apenas referidos. Como constatará o leitor, a preocupação principal aqui é de *visão de conjunto*, mais do que de aprofundamento.

A primeira seção oferece o marco geral onde se insere toda e qualquer ação econômica, pública ou privada. Na seguinte, explicita-se o conceito genérico de “ação econômica estatal direta” utilizado ao longo deste estudo, bem como apresenta-se um elenco dos elementos básicos que devem caracterizar o desenvolvimento desta competência estatal, considerada ainda com grande abstração. A terceira seção, centrada nos arts. 173 e 175 da Carta, apresenta as três grandes espécies desta competência: (a) as atividades econômicas realizadas pelo Estado em paralelo aos privados; (b) aquelas atribuídas pela Constituição ao Estado (com nenhuma ou escassa determinação de regime jurídico) e, finalmente (c) os serviços públicos. As seções quarta, quinta e sexta aprofundam a análise de cada uma destas espécies (conceito e regime jurídico) enquanto que a sétima procura estabelecer relações entre elas, a modo de conclusão.

1 Fundamentos, fim, ditames e princípios da ordem econômica

1.1 O art. 170 da Constituição da República

O Título VII da Constituição abre-se com o art. 170:

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos e elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

Trata-se de norma de grande amplitude semântica e complexidade sintática que veicula os mesmos elementos dos artigos iniciais da Constituição brasileira (arts. 1º e 3º),² ou seja, *princípios, fundamentos, finalidades e objetivos*.

Considerando, de um lado, essa circunstância que acomuna o art. 170 aos arts. 1º e 3º e, de outro, dois elementos básicos que o diferenciam deles, i.e., sua posição na Constituição e seu objeto,³ pode-se dizer que neste texto as afirmações mais gerais sobre o Estado brasileiro recebem uma formulação específica (para a Ordem Econômica) e um desenvolvimento conteudístico, sem chegar-se, porém, ao plano estritamente operativo.

Talvez por situar-se neste plano intermediário, o texto do art. 170 é pleno de dificuldades hermenêuticas.

Estipula (ou postula) complexas relações entre os *fundamentos* da Ordem Econômica (2) e a sua *finalidade* (1), descrita não de modo simples mas em termos de certos *ditames* (justiça social); e essa já complexa articulação é feita ainda com referência a uma lista de *princípios* a serem observados. Além da dificuldade em correlacionar estes elementos formais entre si, o conteúdo dos conceitos aí presentes (*v.g.*, “justiça social”, “livre iniciativa”, “livre concorrência”, “existência digna” etc.) oferece ulterior elemento de complicação.

² 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; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ Dispositivo “setorial”, que rege precipuamente a Ordem Econômica.

Como quer que seja,⁴ pode-se afirmar que o centro de referência da Ordem Econômica é o indivíduo, a pessoa humana (art. 1º, inc. III), i.e., um ente concreto e não uma abstração como o Estado, o Povo ou a Nação. São dois atributos do ser humano que estão por fundamento desta Ordem e é um determinado estado, também do homem, que foi colocado como a finalidade a ser alcançada: por engenho e disposição (livre iniciativa), e/ou por esforço (trabalho) do sujeito, é que se coloca em movimento a atividade produtiva a qual deve propiciar ao agente uma “existência digna”. A “existência digna”, por sua vez, é compreendida segundo os ditames da “justiça social”. O indivíduo (e não o Estado) é, assim, o motor e o fim da economia.

A Constituição, porém, não se contenta com esses traços normativos que põem em relevo a perspectiva individual, subjetiva (ainda que já muito amenizada pela referência à justiça social); exige que a Ordem Econômica assim concebida observe, ainda, certos *princípios*, alguns dos quais projetam exigências que superam o bem-estar individual: a soberania nacional, a função social da propriedade (com o seu prévio reconhecimento), a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e, finalmente, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País).

Para os propósitos presentes basta notar quanto a estes incisos que alguns deles introduzem prescrições que balizam ou limitam o desenvolvimento irrestrito da liberdade individual estampado no *caput* — enquanto outros a promovem, como o reconhecimento da propriedade privada e da livre concorrência. Cuida-se, certamente, de um jogo articulado de

⁴ Para uma análise deste dispositivo, consulte-se VIEIRA DE CARVALHO. *Regulação Estatal de Serviços Públicos: instrumento de realização da Constituição Econômica Brasileira* (tese de doutorado, em publicação), p. 112 et seq.

⁵ Quanto a esse delicado ponto, o Supremo Tribunal Federal, inclusive, revela uma tensão entre diversas exigências. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319 foram contrapostos, de um lado, o fundamento da livre iniciativa e um seu desenvolvimento ou reforço (princípio da livre concorrência) com as exigências de defesa do consumidor e redução das desigualdades sociais: “Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros” (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30 arb. 1993).

Em outro julgado cotejou-se a livre iniciativa com a defesa do consumidor: “O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor” (RE 349.686, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05.08.2005).

De forma semelhante: “A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que

ponderação de princípios⁵ por vezes formulados em termos de objetivos (intermediários), como a promoção do pleno emprego (inc. VIII) e a redução das desigualdades sociais (inc. VII), e em parte como efetivas limitações, como a função social da propriedade (inc. III) e a defesa do meio ambiente frente à atividade econômica potencialmente poluidora (inc. VI).

Com esse adendo de incisos, a Carta (re)lembra que nem a livre iniciativa nem o trabalho humano são o *fin último* da Ordem Econômica e que a “existência digna” contém elementos que ultrapassam a simples consideração atomizada do indivíduo, sugerindo que será considerada digna sua existência quando o entorno em que vive estiver harmonicamente constituído também.

Por serem princípios especificados nos diferentes incisos, as circunstâncias estampadas nesta lista do art. 170 não podem, por outro lado, assumir um valor *de per se* (como se fosse qualquer um dos elementos destes incisos a finalidade da Ordem Econômica) nem legitimar leituras estatistas que fariam perder de vista a idéia-força, segundo a qual a atividade econômica move-se a partir do indivíduo e a ele retorna, para propiciar-lhe existência digna.

Daí poder-se dizer que o Brasil adota uma organização da economia *estruturalmente capitalista, balizada por certas exigências constitucionalmente prefixadas e jungida à realização de certo fim*. Evitando rótulos desgastados, poder-se-ia falar de uma economia *capitalista funcional*.⁶

Qual é, então, a função do Estado numa Ordem Econômica assim a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral” (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03 fev. 2006).

⁶ Repita-se: a *livre iniciativa* e a *liberdade de indústria e profissão*, a *propriedade privada* e a *livre concorrência* não são valores *de per se* mas enquanto se orientam para a realização de um fim (existência digna). Nessa mesma linha vai o art. 219 da Constituição, segundo o qual “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

⁷ “É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217, §3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes” (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, DJ 02 jun. 2006).

⁸ Para uma tipologia econômica dos diferentes Estados constitucionais, v. CASTRO, Marcos Faro de. Instituições econômicas: evolução de seus modelos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial*, n. 6, p. 44-55 e VIEIRA DE CARVALHO (cit., cap. 1).

genericamente concebida?⁷

1.2 As competências “clássicas”: regulação, fiscalização e fomento (art. 174)

As competências típicas de um moderno Estado capitalista estão estampadas no art. 174:⁸

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Em sintonia com o art. 170, o art. 174 apresenta a faceta “clássica” de um Estado que escolhe um funcionamento preponderantemente capitalista da economia: ele será o ente normativo e regulador da atividade econômica. Para assim agir, conta com as competências de *fiscalização*, *incentivo* e *planejamento* da economia.

Conquanto existam também aqui várias questões exegéticas intrincadas⁹ parece fora de dúvida que não se trata de tarefas por si mesmas geradoras de riqueza, de bens e/ou de serviços, mas de ações de inteligência, estratégia e controle. Elas supõem um segundo sujeito (no mais das vezes a iniciativa privada)¹⁰ que age e sobre cuja atividade recaem a fiscalização, o incentivo e o planejamento. Aí neste art. 174 a ação do Estado, estimulante, diretiva ou de vigilância — voltada sempre para a realização dos objetivos e fundamentos da República e da Ordem Econômica —, está em plena harmonia com a estrutura individualista da economia.

⁹ Em particular o significado da expressão “agente normativo” e sua relação com aquela de “agente regulador”, bem como as relações destas perspectivas estatais com as funções de fiscalização, incentivo ou planejamento que aí comparecem de modo completamente abstrato e indeterminado.

¹⁰ Ainda que as competências aí formuladas sejam “clássicas”, o texto aplica-se a toda e qualquer atividade econômica e a todos os agentes econômicos.

¹¹ Trata-se da função de planificação da economia, com o estabelecimento de metas e meios relativos ao exercício da atividade econômica. O planejamento da atividade econômica vincula apenas as entidades estatais, sendo não vinculante para os particulares. A não-vinculação tem por consequência que os particulares não podem ser obrigados a cumprir planos e metas estatais no âmbito da atividade econômica. A adesão ao planejamento estatal deve dar-se por ato de vontade do próprio particular. Do mesmo modo não pode o Estado obrigar um particular a exercer uma ou outra atividade econômica *in concreto*, bem como não pode obrigar o particular a direcionar sua atividade para determinados fins ou metas (“dirigismo econômico”).

¹² Que por certo não existe em um “vazio institucional”. Marcus Faro de Castro (cit., p. 42).

¹³ Esta é uma pergunta *jurídica* e não fática.

¹⁴ A cunhagem de moeda, por exemplo, atribuída com exclusividade ao Estado moderno é um caso óbvio (art.

Mesmo a função de planejamento,¹¹ que poderia sugerir leituras menos ortodoxas, é considerada pela Constituição como meramente “indicativa” para o setor privado, como a reiterar que, na arena econômica, as ações dos indivíduos não podem ser coativamente dirigidas ou cerceadas por planos ou ordens estatais mas guiam-se prevalentemente por seus próprios interesses e pelas exigências do mercado e da livre concorrência.¹²

Mas há casos em que a estas tarefas do Estado junta-se uma outra tão importante quanto elas, mas de caráter excepcional: a atuação direta. Ela também está em consonância com o art. 170, visto que os princípios da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada não são os únicos vetores da Ordem Econômica e que o capitalismo ali propugnado é *funcional*. Isso significa que também o absentismo estatal não é um valor em si.

2 Atuação econômica estatal direta

2.1 O critério de seleção dos casos de atuação econômica estatal direta na Constituição

Quando é que o Direito¹³ admite ou determina a atuação estatal direta na economia, produzindo o Poder Público bens e serviços? Dada a importância da questão e dadas as premissas fundamentais de organização econômica brasileira estampadas no art. 170 — que privilegiam a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência — é de se esperar que os casos e diretrizes desta competência estejam na própria Constituição. Ou que dela partam, pelo menos.

Mesmo com essa redução da área de busca, a resposta não é imediata. A Constituição tratou do tema de tal modo que a identificação das possíveis hipóteses, em concreto, depende de inúmeras decisões hermenêuticas e jurídicas que podem ampliar ou reduzir notavelmente o rol das atividades e que por isso deveriam ser previamente justificadas.

Antes de tudo seria necessário definir o que há de entender por “atividade econômica”, visto que, em princípio, toda e qualquer ação em sociedade possui uma dimensão econômica ou pode adquiri-la.¹⁴

Depois, certas competências outorgadas pela Constituição ao poder

— 21, inc. VII).

¹⁵ Pense-se, por exemplo, no caso previsto no art. 180 da Constituição, onde vem dito que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”. Seria possível a um Estado Federado, com base neste artigo, instituir uma empresa pública que, realizando a venda de pacotes turísticos a preços promocionais, promova uma certa região sua menos

público são demasiado genéricas e suscitam indagação acerca da possibilidade de o Estado realizar uma atividade econômica que, de qualquer modo, promova ou auxilie na efetivação da competência dada *in abstracto*. Dito de outra forma: seria possível atribuição implícita de competência para atuação econômica pública?¹⁵

Haveria também que investigar se os dispositivos que atribuem determinados bens aos entes federativos estariam a reconhecer, indiretamente, a possibilidade de instituir-se uma atividade econômica de exploração deles por parte de seu titular. Em pelo menos algumas hipóteses tal parece ser o caso.¹⁶

Consoante a resposta que se dê a cada questão, o rol de atividades econômicas estatais se ampliará ou se reduzirá significativamente.

Para os fins deste trabalho, tomar-se-ão apenas os casos previstos na Constituição em que é explicitamente reconhecida ao Estado (Poder Público) a possibilidade de organizar de modo estável bens e pessoas para o fim de produzir ou fazer circular utilidades apreciáveis economicamente (bens e serviços) e fruíveis de maneira singular pelos beneficiários.

Feito esse esclarecimento inicial, pode-se avançar algumas notas características genéricas da atuação econômica estatal direta, qualquer que seja a figura específica (*infra*).

2.2 Elementos genéricos caracterizadores de toda e qualquer atuação econômica estatal direta

A ação econômica estatal direta, como quer que se apresente, é sempre manifestação de uma competência pública.

Seja que o Estado atue como titular exclusivo da área econômica em questão, seja que participe dela na condição de agente em concorrência com os privados; seja que atue totalmente regido pelas normas do direito público, seja que atraia regras de direito privado. Em qualquer caso, está-se

desenvolvida?

Assim como esse dispositivo há vários outros em que se poderia vislumbrar legitimação para uma ação econômica específica (ex.: art. 21, incs. III, IX, XVIII; art. 23, incs. II, III, V, VI, VII e X; art. 30, IX; art. 43; art. 180; art. 194; art. 202, §4º; art. 216; art. 217; art. 218; art. 225, §1º).

¹⁶ Veja-se, ainda a título de exemplo: art. 20, *passim*, em particular, incs. III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e parágrafo primeiro; art. 26, especialmente incs. I, II, III e IV.

¹⁷ A tarefa de fazer respeitar esses princípios e, ao mesmo tempo, garantir o bom desempenho da atividade em um regime concorrencial, por exemplo, é árdua e não deve ser tentada aqui. A sua dificuldade, porém, não pode levar ao abandono das exigências constitucionais presentes, dentre outros, no art. 37, *caput*, da Constituição.

¹⁸ Art. 37 (...); XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa

a exercitar uma competência pública, e esse é o ponto mais genérico que acomuna todas as espécies e casos individuais desta ação econômica.

Por força disso, vigem também nesta esfera — com as várias adaptações necessárias aos diferentes contextos¹⁷ — os mesmos princípios básicos que pautam a ação administrativa em geral e que exigem desse agir impessoalidade, eficiência, legalidade, dentre outros cânones (art. 37, *caput* da Constituição).

Seria bastante problemático assumir que o Estado não tem que respeitar, p.ex., a exigência de impessoalidade ou isonomia no desenvolvimento de uma atividade econômica sua apenas porque tal tarefa é executada em um ambiente concorrencial; ou que possa prescindir da legalidade quando submetido a um regime de direito privado. A Constituição, ao atribuir esse tipo de competência ao Estado não o fez para que este pudesse agir egoisticamente, em busca de “interesses (públicos) secundários”, mas assim o fez pelo motivo oposto, i.e., para que algumas atividades econômicas (em princípio, privadas) fossem tismadas por um elemento publicístico (ainda que aproximando o modo de agir estatal daquele privado), em vista de certas exigências sociais relevantes (*infra*).

Passando dos meios aos fins, é de se supor que tais atividades tenham uma relação mais próxima com os fundamentos da República brasileira e que sejam capazes de, em maior grau, realizar os seus objetivos. Se é certo que os ditames dos arts. 1º e 3º da Constituição alcançam e vinculam todos os sujeitos que operam no âmbito do Estado brasileiro (privados e públicos), é também certo que as atividades (exclusivamente) privadas possuem um componente egoístico que tendencialmente antepõe à satisfação das necessidades coletivas aquelas de seu titular. E esse é mesmo o modo como operam os sujeitos privados para realizar os objetivos da República: ao estabelecer a ordem capitalista na economia (cf. *supra*), a Constituição brasileira esposou a convicção de que a soma das buscas de satisfação pessoal (a ação egoística), realizada segundo as regras jurídicas estabelecidas, é um elemento promotor do bem-estar de todos. Daí a constatação de que são muito diferentes as finalidades de uma ação pública e uma privada: *o Estado não age em seu próprio interesse. As competências*

pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

¹⁹ Quanto à consideração do serviço público como atividade econômica (no sentido não jurídico antes indicado), v. *infra*, seção 6.

públicas, quaisquer que sejam elas, não foram instituídas para o locupletamento do seu titular.

Essa vinculação estreita entre as ações econômicas estatais e os objetivos e fundamentos da República se reforça ainda mais se se tem presente que a adoção da ordem capitalista na economia importa uma preferência pela ação econômica privada. Nesse ambiente, a atribuição de tarefas econômicas ao Estado — na medida em que se constitui em uma importante exceção aos princípios da livre iniciativa, livre concorrência e livre exercício de profissão — só pode ser feita na medida em que há *motivos fundamentais* para tanto. E esses *motivos fundamentais* estão, necessariamente, relacionados com os valores e princípios máximos elencados pela Constituição. Quanto mais forte e abrangente é o princípio da organização capitalista da economia, mais cheias de significado jurídico devem ser as exceções a ele, como é o caso aqui.

Isso, porém, não equivale a defender-se a incidência de um determinado, único e imutável regime jurídico para estas atividades. É sobretudo uma vinculação *teleológica* e a *princípios* de que se trata aqui. O que as acomuna é o fato de que, sendo competências públicas, estão jungidas aos princípios da ação pública e devem ter por objetivo concorrer intensamente para a realização das finalidades que justificam a própria existência do Estado brasileiro. Fora desses elementos comuns há muita diferença entre as figuras e regimes respectivos pelas quais se exterioriza esta competência genérica.

3 A atuação direta – a dinâmica conceitual dos arts. 173 e 175

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.

§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

§2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

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

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

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Esses dois textos — complementado o art. 173 pelo art. 37, incs. XIX e XX¹⁸ — dão as coordenadas fundamentais para a atuação direta do Estado na economia.

Desde uma perspectiva puramente gramatical e sem proceder ainda a uma análise das articulações possíveis entre os grupos, parece a Constituição referir três grandes espécies de “atividade econômica estatal direta”:

- a) atividades econômicas que atendam a: (a.1) imperativos de segurança nacional; ou (a.2) relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, segunda parte) – Grupo A;
- b) atividades econômicas atribuídas ao Estado diretamente pela Constituição (art. 173, *caput*, primeira parte) – Grupo B e;

²⁰ Que funcionam também como uma descrição.

²¹ Não se entra na discussão acerca dos atributos e características da Lei aí referida, em particular se basta uma lei geral ou é requerida, para cada caso, um diploma específico fundado em um ou outro motivo (segurança nacional ou relevante interesse público).

²² Com diversos regimes jurídicos, cf. infra.

²³ Enquanto que as autarquias se prestariam à execução de serviços públicos (veja-se, a propósito, julgado do STF na RDA 188/237).

- c) atividades econômicas qualificadas como *serviços públicos* (art. 175) – Grupo C.¹⁹

No caso do Grupo B pode-se falar de uma *atribuição direta* ou *específica*; nos casos dos grupos A e C não se indica qual atividade será estatal, mas faz-se uma *descrição*, ainda que muito sucinta (serão os “serviços públicos”, dotados de certas características indicadas no parágrafo único do art. 175 e as atividades que atendam a certas exigências sociais importantes).

4 As atividades econômicas relacionadas com “imperativos da segurança nacional” e “relevante interesse coletivo” (Grupo A)

Diz a Constituição que a “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”.

Como se constata, quaisquer que sejam essas atividades *in concreto*, elas são tais que atendem a *imperativo de segurança nacional* e a *relevante interesse coletivo*. Justificativas fortes foram colocadas aí²⁰ para marcar a excepcionalidade da circunstância de ter-se o Estado agindo na economia, à luz das bases antes lançadas pelo art. 170. No primeiro caso não se trata de uma mera conveniência ou utilidade, mas de um *imperativo*, e imperativo referido a um tópico preciso, a *segurança nacional*. No segundo caso, não basta que se atenda a um interesse coletivo, mas a um “relevante” interesse dessa espécie.

Além de sua importância óbvia para marcar os limites de um tipo de ação econômica estatal direta na economia capitalista, essa exigência/descrição guarda interesse também porque o art. 173 usou as notas características que tradicionalmente se atribuem ao conceito de serviço público, quando se lança mão do chamado *critério material* para sua definição. Por esse tradicional traço identificador, serviço público é, justamente, toda a atividade especialmente importante ou mesmo essencial para a coletividade — e para a segurança nacional. É por tais motivos que o Estado a avoca para si, retirando-a do comércio jurídico e a realiza diretamente ou por delegados seus. Como, porém, o art. 173 não parece estar tratando do serviço público (objeto do art. 175), será necessário esclarecer esse ponto mais adiante. Desde a perspectiva material, há diferenças entre os serviços

²⁴ Não se excluem, no texto, as formas autárquicas, fundacionais ou diretas, mas a referência (que sugere uma

públicos e essas ações estatais? E se não há, por que os regimes jurídicos são diferentes (cf. adiante)?

A Constituição determina, ainda, que a identificação em concreto destas altas necessidades deverá ser feita por uma *lei do Parlamento*.²¹

Essa exigência, além de apontar para a óbvia importância e excepcionalidade da situação, indica também outros três elementos de extrema relevância nem sempre tidos na devida conta: (a) trata-se de hipóteses de atuação estatal direta *futuras*, a serem concretizadas *depois* da feitura da Constituição que (b) são deixadas ao arbítrio de um *poder juridicamente inferior* ao Poder Constituinte, i.e., o Poder Legislativo (Ordinário), o qual (c) deve respeitar os limites e formas desta intervenção delineados no próprio art. 173.

Estas três circunstâncias são realçadas pela dicção do início do *caput* do art. 173 que diz: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”. A leitura articulada desse dispositivo dá a entender que em 1988 foram individuadas e cristalizadas, pela própria Carta, hipóteses de atuação econômica estatal direta²² que prescindem de qualquer decisão legislativa ordinária. Depois disso, o Parlamento poderá também atuar nessa seara, mas para atender às finalidades dispostas pela Constituição e com os instrumentos e nos modos também ditados pela Carta nos parágrafos que se seguem ao *caput* do art. 173 (e no próprio *caput*). Eles indicam muito claramente os limites dessa intervenção *a posteriori* do Estado na economia por meio da ação do Legislador Ordinário. Fornecem, sobretudo, uma informação de grande importância: no âmbito do Grupo A, o Estado atua em paralelo com os privados.

Assim os instrumentos para a atuação pública aqui são a sociedade de economia mista e a empresa pública.²³ São elas que, por realizarem tarefas que atendem a imperativos de segurança nacional e a relevante interesse coletivo, possuem uma “função social” — ideal regulativo que se

preferência) é feita àquelas criaturas do Estado cuja estrutura jurídica é mais compatível com a ação econômica, — dotadas de personalidade jurídica de direito privado.

²⁵ Essa fundamental “paridade de armas”, formulada exigida pelo art. 173 parece sugerir que a intervenção estatal para atendimento a imperativo de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo não exclui a ação privada. É que ela não teria sentido se formulada em contexto de monopólio, pelo que o artigo em comento apenas restringiria o princípio geral de sua não presença direta na esfera econômica (o que já seria uma importantíssima exceção).

A esta conclusão também se chega por interpretação sistemática: se a regra da Ordem Econômica é a ação privada fundada na livre competição e na livre iniciativa e se a monopolização da atividade é a mais completa negação destes fundamentos, seria de exigir-se uma regra explícita e específica para este caso de ataque mais

relaciona diretamente com os objetivos e valores da República brasileira, cf. seção 2.2., supra — e são permanentemente fiscalizadas pelo Estado e pela Sociedade (inc. I, do §1º do art. 173).²⁴

Em razão da característica básica que possuem (personalidade jurídica de direito privado), o regime jurídico destes entes deve se aproximar ao máximo daquele vigente para as demais empresas. A Constituição, decididamente, não deseja criar diferenças entre sujeitos de direito privado criados pelo poder público e os demais, que acabem por dotar os primeiros de vantagens competitivas em relação aos segundos (o parágrafo 2º é muito claro quanto a isto). Os “desvios” da regra geral nada têm a ver com a existência de eventual monopólio ou privilégio, mas apenas acentuam a especialidade da situação e o compromisso da Ordem Econômica com certos valores (cf. supra): (i) função social da empresa integrante da Administração Indireta; (ii) fiscalização pelo Estado e pela Sociedade da sua atuação; (iii) regime de contratações que assegure certos valores, tais como isonomia, lisura, competitividade, impessoalidade etc.

A forma como foi construído o regime jurídico desta intervenção estatal na economia permite também concluir que se trata, neste artigo, de uma atividade que o Estado, via Legislador (poder jurídico inferior àquele Constituinte), *não retira do comércio jurídico*, i.e., *da esfera privada*, monopolizando-a.

O art. 173 dá ao legislador apenas a competência para excepcionar o princípio geral da não atuação estatal direta na economia e prevê que esta ação será levada a efeito com instrumentos jurídicos típicos do direito privado, como a indicar que a intervenção, aqui, é *paralela à atuação privada*.²⁵ O Legislador, diferentemente do Constituinte, não pode criar monopólios, revistam eles a forma de serviços públicos ou de outra categoria jurídica (cf. infra).

Essas últimas considerações sobre o regime jurídico desta atuação

radical aos fundamentos da Ordem Econômica e não uma norma como o art. 173. E, de fato, a Constituição prevê uma tal norma que, porém, nada tem a ver com o art. 173: é o art. 177 (e art. 21, inc. XXIII).

²⁶ A bem guardar, esses esclarecimentos levam a uma ulterior precisão do modo de exercício e manifestação dessa competência: a ação estatal, no caso desta parte do art. 173 somente se realizará se os senhores naturais da área não estiverem atendendo aos objetivos públicos e *durará enquanto esta situação de insuficiência perdurar*.

²⁷ Uma dúvida quanto à exclusividade da titularidade talvez pudesse ser levantada para o caso do serviço postal, que incumbe à União “manter” (art. 21, inc. X). Essa via interpretativa não será explorada aqui, porém.

²⁸ Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; (...); XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; (...)

²⁹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) IX - promover

econômica estatal direta suscitam, porém, algumas dificuldades: como é possível que privados atuem também em área econômica que atenda a “imperativo de segurança nacional”, ou que o Estado, para satisfazer esses altos objetivos não revista sua atuação das formas juridicamente mais “potentes” do direito público ou que, no limite, não reserva para si a área de que se cuida? Pela leitura ora proposta parece haver um descompasso entre os fins e os meios.

Assim não é se se considera que, de um lado, a indústria privada contribui, sim, para promover a segurança nacional e atender a relevantes interesses coletivos e que, de outro, a Constituição já disciplinou os casos mais importantes de atividades que atendam a estes objetivos, impondo, na maior parte dessas ocorrências, um regime jurídico diferenciado a elas (exclusividade de titularidade, principalmente).

Ainda que se tome a expressão “segurança nacional” em sua acepção mais estrita, i.e., como relacionada com aquelas atividades mediante as quais se assegura a ordem policial e militar de um determinado país, mesmo nesse caso encontrar-se-ão atividades econômicas *privadas* que atendem a este tipo de objetivo: pense-se, por exemplo, na indústria de armamentos, ou de álcool combustível que abastecem as forças policiais e da ordem, ambas atividades privadas. Se a referência passa para “relevante interesse coletivo” a lista de atividades ampliar-se-ia ainda mais. Aliás, é a própria Constituição a reconhecer essa circunstância quando, no §1º do seu art. 9º determina que a Lei de greve no âmbito das atividades entregues à livre iniciativa (uma vez que a greve nos serviços públicos está regradada no art. 37, inc. VII) deverá definir os “serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

Por outro lado, não se exclui que em certas circunstâncias (futuras) o atendimento a estas exigências (só) possa ocorrer por meio de atividades executadas em regimes jurídicos mais restritivos e dotados de prerrogativas públicas, no limite, a exclusividade. Nesses casos (supostamente não cobertos por hipóteses de ação estatal já previstas na Constituição), há de fazer-se recurso à alteração constitucional. A Constituição, em seu

—programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (...).

³⁰ O art. 197 diz ainda que as ações de saúde são de “relevância pública” e não serviço público. Compulsando o projeto original deste artigo, constata-se que a redação primitiva considerava expressamente a saúde como “serviço público”, passível de ser delegado aos particulares mediante concessão.

todo, instituiu vários modos de atender-se a “imperativos de segurança nacional” ou a “relevante interesse coletivo”, ocupando-se de um deles aqui (Grupo A).²⁶

Em síntese, depois de 1988, circunstâncias supervenientes poderão ocorrer e recomendar a ação estatal em áreas reservadas à iniciativa privada, mas (tornadas) cruciais para a segurança nacional e para o atendimento de relevante interesse coletivo. Nesses casos excepcionais, o Legislador Ordinário poderá instituir criaturas estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado para atuar na satisfação dessas necessidades (e não de outras), sem excluir os indivíduos dessas mesmas atividades. Se, nada obstante essas providências da Carta, considerar-se necessária a exclusão de uma atividade ou área econômica da esfera privada, o veículo adequado, então, não será a Lei Ordinária, mas a Emenda Constitucional. A Lei Ordinária prevista no art. 173 não tem essa força.

Como se pode ver, a segunda parte do art. 173 (Grupo A) propõe uma nova competência estatal em face do art. 174, ao possibilitar ao Estado uma atuação econômica direta. Mas ela é decididamente mais “leve” do que aquela preconizada no início desse mesmo artigo e no art. 175 (infra). No âmbito dos grupos B e C, o Estado é o *dominus* originário da atividade,²⁷ e os privados apenas podem agir se e na medida em que legitimados pelo titular da competência.

5 As atividades econômicas atribuídas pela Constituição ao Estado (Grupo B)

É bastante complexo o discurso relativamente a este Grupo B. Não apenas porque a identificação completa dos “casos previstos nesta Constituição” dependeria da resposta às questões lançadas na subseção 2.1 (supra) como também porque há, aparentemente, grande diferença de tratamento dispensado pela Carta, mesmo para os casos explícitos.

Para fins expositivos, e considerando os propósitos restritos de um estudo meramente preliminar como o presente, pode-se sugerir uma tripartição interna neste grande grupo.

³¹ Que deve ser considerada à luz do parágrafo único do art. 170, i.e. como ato administrativo de poder de polícia sem o que a atividade não poderia ser lícitamente explorada.

5.1 Casos de atribuição sem qualificação (Subgrupo B.1)

No primeiro subgrupo estão aquelas hipóteses em que não existe qualquer indicação ulterior sobre o regime jurídico da tarefa de titularidade pública. Vale dizer, a Constituição limitou-se a dizer, de modo totalmente indeterminado, que tal ou qual tarefa econômica compete ou é de responsabilidade do Poder Público. Nada dispôs sobre o regime jurídico ou o papel de eventuais agentes privados.

Estão neste subgrupo a atividade postal, o correio aéreo nacional (os quais compete à União “manter”), o serviço oficial de cartografia²⁸ — ambos inseridos no âmbito federal — e eventuais atividades edilícias, inseridas em programas de construção de moradias a cargo da União, dos estados e dos municípios — art. 23, inc. IX.²⁹

Nada obstante a total falta de ulteriores elementos que informem acerca da disciplina jurídica, o fato de atribuir-se tais funções ao Estado (subseção 2.2) já *de per se* indica que a Constituição as considera de particular relevância para a vida social e econômica brasileira e que estão comprometidas em maior grau (ou promovem em maior grau) os objetivos positivados nos arts. 1º e 3º, dentre outros. Além disso, aplicam-se-lhes os princípios orientadores, da moralidade, legalidade, isonomia etc.

A ausência de elementos indicativos ganha relevo se se tem em mente que em outras ocasiões (infra) houve expressa apresentação, pelo Constituinte, de pelo menos alguns traços da disciplina jurídica que regerá a atividade econômica estatal. Também em razão disso não parece estar autorizada — pelo menos sem ulterior reflexão — uma leitura automatista que, presa a modelos tradicionais e condicionada por conceitos dogmáticos vê aí — sem qualquer justificativa no texto e por força apenas do hábito — mais do que diz a norma e, em particular, imputar-se-lhes o regime do serviço público, *tout court*. Tal poderá ser o caso mas a essa conclusão deve-se chegar por outras vias ou por outros dispositivos da Constituição e não por cacoeetes interpretativos. Como dito, essa precaução é tanto mais necessária porque a Constituição conhece e maneja o conceito de serviço público e seu vocabulário correlato: em certos casos afirmou expressamente ser certa

³² 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;

³³ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

atividade um serviço público (art. 30, inc. V, p.ex.) e em um outro chegou a ponto de retirar, expressamente, essa expressão da qualificação de uma atividade (os serviços *públicos* de telecomunicações, na antiga redação do art. 21, inc. XI).

5.2 Casos (expressos) de serviços públicos (Subgrupo B.2)

O segundo grupo é composto, exatamente, daquelas atividades que são qualificadas de modo explícito pela Constituição como “serviços públicos”.

São assim tidos os serviços de transporte coletivo de âmbito municipal, aqueles de saúde, educação e assistência social. Antes do advento da Emenda Constitucional nº 8/95, também eram qualificados como públicos os serviços de telecomunicações.

Quanto aos serviços de educação e saúde, considera-se tradicionalmente que constituirão “serviços públicos” apenas quando realizados pelo Estado. A razão está na singular redação dos dispositivos constitucionais que deles tratam, os quais prevêem a ação dos particulares sem necessidade de títulos de delegação. Com efeito, o art. 199 afirma que a “assistência à saúde é livre à iniciativa privada”³⁰ e o art. 209, *caput* dispõe, de forma semelhante, que “o ensino é livre à iniciativa privada”, embora exija (art. 209, inc. II) uma “autorização”.³¹

Entre a total ausência de diretrizes (Subgrupo B.1) e a expressa qualificação de “serviço público”, há casos previstos na Constituição em que se indica uma parcial disciplina jurídica (Subgrupo B.3).

5.3 Casos de atribuição com parcial indicação do regime jurídico (Subgrupo B.3)

Trata-se do subgrupo mais numeroso e heterogêneo. Seus principais

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) XII - apreciar os atos de concessão e renovação ~~de concessão de emissoras~~ de rádio e televisão;

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

³⁴ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) 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;

Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. §1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados

integrantes são:

1. Serviços de telecomunicações (art. 21, inc. XI).³²
2. Serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (art. 21, XII, *a*, e 223).³³
3. Serviços de energia elétrica (e aproveitamento energético dos cursos d'água, art. 21, inc. XII, *b*).³⁴
4. Serviços de navegação aérea e aeroespacial (art. 21, inc. XII, *c*).³⁵
5. Serviços de infra-estrutura portuária (art. 21, inc. XII, *c*).
6. Serviços de transporte ferroviário (art. 21, inc. XII, *d*).³⁶
7. Serviços de transporte aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território (art. 21, inc. XII, *d*).
8. Serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, inc. XII, *e*).³⁷

mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. §2º - É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei. §3º - A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. §4º - Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

³⁵ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

³⁶ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.

³⁷ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

³⁸ Art. 21. Compete à União: (...); XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...) f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...);

³⁹ Art. 21. Compete à União: (...) XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: (...); b) sob regime de permissão, são autorizadas a comercialização e a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais; c) sob regime de permissão, são autorizadas a produção, comercialização e utilização de radioisótopos de meia-vida igual ou inferior a duas horas;

Art. 177. Constituem monopólio da União: (...) 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. (...) §3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

⁴⁰ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. (...) §2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

⁴¹ 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

9. Os serviços relativos aos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, inc. XII, f).³⁸
10. Os serviços e atividades nucleares de qualquer natureza (art. 21, inc. XXIII; art. 177, inc. V).³⁹
11. Pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comercialização de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, inc. XXIII; art. 177, inc. V).
12. Os serviços locais de gás canalizado (art. 25, §2º).⁴⁰
13. As atividades de lavra e exploração de jazidas minerais (art. 176).
14. Pesquisa de jazidas de petróleo, gás e outros hidrocarbonetos fluidos (art. 177, inc. I).
15. Refinação de petróleo nacional ou estrangeiro (art. 177, inc. II).
16. Importação e exportação de petróleo, gás natural e seus derivados (art. 177, inc. III).
17. O transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no país (art. 177, inc. IV).
18. O transporte, por conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem (art. 177, inc. IV).⁴¹

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; (...) §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. §2º A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; II - as condições de contratação; III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

⁴² Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

⁴³ Talvez tal circunstância se deva a uma tensão entre, de um lado, a constatação empírica do estado de absoluta necessidade em que vive a maior parte da população brasileira, o que demanda uma ação econômica mais imediata e que por vezes ignore a lógica do mercado e, de outro, de uma aspiração e afirmação de princípio, que deposita confiança no sistema capitalista, como o mais apto a promover o bem-estar de todos, no longo prazo (projeto de vida econômica da Nação). Daí a tarefa ser de titularidade estatal mas (quase sempre) delegável a empresas privadas.

⁴⁴ Em todo o caso, a sugerir essa "absorção" do Grupo B estão as circunstâncias específicas de que (i) em todos esses casos se trata de titularidade exclusiva pública da área econômica em questão (condição necessária para que uma atividade seja considerada serviço público); (ii) o vocabulário atinente ao regime jurídico é muitas vezes semelhante (embora não idêntico); (iii) não delineou a Constituição outro(s) regime(s) jurídico(s) geral(is) para atividades reservadas ao Estado.

⁴⁵ Nesse sentido, é útil tentar uma leitura conjunta dos dispositivos constitucionais que tratam da "indústria energética". São atividades que têm objeto e escopo semelhantes (exploração de diferentes fontes para produção de diferentes tipos de energia). Um esforço do gênero foi tentado no meu artigo "A Constituição Federal e a Indústria da Energia – Observações sobre uma Possível Política Energética Constitucional", em curso de publicação nos Anais do "I Seminário Internacional de Regulação de Serviços Públicos – Direito Comparado de Energia e de Telecomunicações", realizado na Universidade de Brasília (UnB).

19. Serviços notariais e de registro (art. 236).⁴²

Pela simples leitura desta lista, impressiona o fato de que, conceitualmente excepcional a atuação econômica estatal direta, os casos concretos em que ela ocorre — por querer constitucional — não são poucos, além de serem importantíssimos.⁴³ Em todo o caso, ultrapassaria de muito os restritos limites e propósitos deste estudo fornecer uma análise detalhada do regime jurídico de sequer alguma dessas atividades. Muito menos é possível dar um panorama razoavelmente articulado de todas elas. Por isso, as observações que seguem têm um propósito muito específico e modesto. Elas procuram realçar a *heterogeneidade* e a (relativa) *indeterminação jurídica* das hipóteses previstas.

Trata-se, apenas, de suscitar indagações e indicar ulteriores pontos de aprofundamento, umas e outros tendentes a sugerir que a Constituição não se prendeu, nesses casos, a esquemas e regimes jurídicos rígidos ou pré-configurados, embora tenha atribuído, sempre, a titularidade dessas atividades ao Estado e fornecido, em linhas generalíssimas, algumas informações normativas sobre o (eventual) modo de participação de particulares (sobretudo). São principalmente proposições *negativas* e *problemáticas* as que se procura estabelecer adiante através de observações, aproximações e afastamentos entre essas diversas atividades, algumas propositalmente pouco usuais, todas muito breves. Em especial, quer-se prevenir tanto uma leitura “homogeneizante” de algumas dessas tarefas, levadas sem mais à conta de “serviços públicos”,⁴⁴ quanto uma tradicional exegese segregacionista, que tende a separar em compartimentos estanques as atividades listadas no art. 21 e os “monopólios energéticos”⁴⁵ do art. 177.⁴⁶

Como referido, neste subgrupo a Constituição, além de titular o Estado (poder público) como *dominus* da competência econômica, usa conceitos e institutos jurídicos que alguma coisa informam sobre o modo

⁴² A semelhança entre os regimes jurídicos vem se acentuando, também as “atividades monopolizadas” do art. 177 podem ter sua execução delegada a privados, por meio de um inominado “contrato”. Digno de nota, — também, é que o inc. V do art. 177 está expressamente relacionado com o inc. XXIII do art. 21.

⁴³ Além do art. 175, também art. 30, inc. V; art. 54, inc. I; art. 202, §5º; e art. 66 do ADCT.

⁴⁴ Compete à União: (...)

Redação primitiva: XI - explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Redação atual: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15.08.1995).

⁴⁵ “A palavra concessão tem sido empregada indistintamente, para se referir ao ato administrativo, unilateral ou não (não podemos, a priori, dizê-lo), que concede a exploração de serviços públicos e ao ato administrativo

de realização da tarefa. Em particular, esses conceitos e institutos indicam — com muito poucas exceções, como no caso das atividades nucleares — que a participação privada em sua execução é possível, sempre que titulada pelo ente competente (em todas as atividades de uma determinada área econômica ou em parte dela).

É difícil, porém, encontrar outras similitudes para todo o bloco e mesmo a forma desta ação privada não é uniforme.

Quanto a esse último ponto, a Constituição serve-se de uma plêiade de termos isolados, tais como “concessão” e “permissão”, mas também “autorização”, “contrato” (art. 177) ou, simplesmente, “delegação” (art. 236). E à variedade de termos acrescentam-se outras indeterminações que parecem sugerir ausência de coordenadas jurídicas estritas e uniformes que envolvam as diferentes ações econômicas estatais diretas deste subgrupo.

Em primeiro lugar, não se vislumbra qualquer ordem ou premeditação na aplicação dos diferentes títulos às diferentes atividades.

Em segundo lugar, não parece haver ainda observância de critérios na combinação entre os diferentes títulos. Os três primeiros — de longe os mais frequentes — são usados ora em conjunto (art. 21, incs. XI e XII, nº 1 a 8), ora em duplas (“autorização” e “concessão” no caso do art. 176) ou mesmo isoladamente (“permissão” para o art. 21, inc. XXIII — “concessão” para o art. 25, §2º).

Em terceiro lugar, vários dos termos empregados possuem uma multiplicidade de significados que poderia ser evitada se a Constituição tivesse acrescentado a eles qualificativos correntes na teoria do direito administrativo. Notadamente, quanto à concessão e à permissão a própria Carta cuidou, em outras ocasiões,⁴⁷ de acrescentar-lhes a especificação “de serviço público”, quiçá para extremar a figura de outras semelhantes, como aquelas que incidem sobre o uso de bens públicos.

Especificamente quanto à concessão, note-se que Carta chegou expressamente a *retirar a qualificação de uma atividade como serviço público, ainda que tenha mantido a concessão no novo (con)texto*, e acrescentado ainda “autORIZA-

que intervém, no interesse público, para tornar possível a instalação e a exploração ou só a exploração, de serviços ao público ou de utilidade pública. [...] Quando o objeto da concessão não é serviço público, no sentido estrito e verdadeiro, isto é, serviço de Estado [...] a delegação de poderes é tão-somente acidental e depende de saber-se se, na hipótese, era possível a delegação, pois as funções constantes da Constituição nem sempre são delegáveis pelos Poderes entre si e, a fortiori, a estranhos. [...] Não é possível, a priori, definir-se, para todos os casos, a concessão, quando tem por objeto a exploração de serviço ou instalação e exploração de serviço que não seja estritamente estatal (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 1988*, vol. 1, p. 100).

ção” e “permissão”, como a indicar que é possível falar-se de uma atividade concedida (e, *a fortiori*, permitida ou autorizada) que não seja serviço público. Com efeito, antes da Emenda Constitucional nº 8 de 15.08.1995, o art. 21, inc. XI⁴⁸ referia a *concessão de serviços públicos de telecomunicações*; atualmente, com a reforma introduzida por esta Emenda, volta a falar-se de *concessão*, mas agora de *serviços de telecomunicações, nos termos da lei* (veja-se a esse respeito, a concessão inominada de que fala Pontes de Miranda,⁴⁹ aparentemente “resgatada” pela Lei nº 9.478).

Por vezes a ênfase ou o objeto dos diferentes títulos parece estar na legitimação para o *uso de um bem público*, mais do que no exercício de uma atividade. A permissão de uso de radioisótopos para pesquisa e usos médicos, agrícolas e industriais (art. 21, inc. XXIII, *b*) parece ser um exemplo desse emprego⁵⁰ (note-se que antes da Emenda Constitucional nº 49 de 2006 estava mencionada também a “concessão”), assim como a exploração de recursos minerais que, uma vez extraídos do solo, passam a ser propriedade do concessionário (art. 176).

A presença do instituto da “autorização” em vários desses dispositivos reforça a ambigüidade (a ser eliminada pelo Legislador Ordinário, cf. *infra*) e é outra circunstância que previne uma fácil consideração dessas atividades como serviços públicos (ainda que, por outro lado, não seja apta a desconstituir o caráter *público* da atividade, como por vezes se sugere).

de novembro de 1937. Rio de Janeiro: Pongetti, 1938. t. 1, p. 344-345).

⁵⁰ Em certas hipóteses é certamente esse o sentido em que, p.ex., o termo isolado “concessão” foi usado pela Constituição, como no caso dos arts. 188, 189 e 55 do ADCT (concessão de terras públicas e concessão de uso). Em outras, o uso nesse sentido é pelo menos plausível, como no caso das concessões de lavra (arts. 174, §4º, e 176).

⁵¹ Art. 5º, inc. XVI e XVIII; art. 8º, inc. I; art. 21, incs. VI, XI, XII, XXIII; art. 37, inc. XX; art. 57, §6º, inc. I; art. 93, inc. VII; art. 128, §2º; art. 129, §2º; art. 137, parágrafo único; art. 139, §2º; art. 165, §8º; art. 166, §8º; art. 167, incs. V, VI, VIII e IX; art. 169, inc. II; art. 170, parágrafo único; art. 174, §4º; art. 176; art. 177, inc. V; art. 181; art. 190; art. 209; art. 223; art. 231, §3º; art. 43 ADCT; art. 44 ADCT; art. 52 ADCT.

⁵² O antigo art. 192 era outro exemplo eloqüente.

⁵³ Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

⁵⁴ Talvez se esteja em um ambiente semelhante ao das *public utilities* do direito norte-americano.

⁵⁵ STF, RE 20.111, voto preliminar do Ministro Relator Nelson Hungria, disponível no site oficial do STF. Outras decisões no mesmo sentido: RE 23.640 e AI 16.123, todas também disponíveis no site oficial do STF.

Considerando o que se vem dizendo, algumas afirmações mereceriam maior exame, em particular: (i) aquela que vincula concessão com exclusividade de exploração (remetendo apenas à autorização a possibilidade de instaurar competição no ambiente dos serviços de titularidade estatal); (ii) a vinculação da autorização (apenas) com o poder de polícia, principalmente se com tal afirmação se pretende sugerir que o uso deste título importa em retirar a titularidade da atividade da União federal, tolhendo-lhe a qualificação de poder concedente; (iii) a bipartição necessária: concessão/serviço público; autorização/serviço de utilidade pública.

⁵⁶ STF, RE 89.876, in RTJ 98/230; ADIn 447/DF, in RTJ 145/39 (texto transcrito também no RE 218.061-5/SP, in RTJ 174/654) e especialmente RE 218.061-5/SP, in RTJ 174/662, onde vem dito que certas atividades do art.

Não previsto como um meio de delegação de serviços públicos pelo art. 175, o termo “autorização” é utilizado em inúmeros dispositivos da Carta, em acepções muito diferentes umas das outras.⁵¹

Certamente, e tal como no caso da expressão “serviço público”, é possível individuar um significado para o termo “autorização” relacionado com o exercício de atividades econômicas ou de exploração de certos bens.

Diferentemente da concessão ou permissão, porém, a autorização é usada também em ambientes econômicos privados, i.e., nos quais a atividade autorizada é *ab origine* dos indivíduos. Tal é o caso, por exemplo,⁵² dos arts. 170, parágrafo único; 190; 209, inc. II.⁵³ Aqui não se trata de uma delegação de competência pública que legitima a presença privada no cenário econômico de que se trata, mas de uma condição especialíssima para o exercício de um direito preexistente do sujeito (autorizado), de tal sorte que a autorização não amplia sua esfera jurídica, mas remove um obstáculo para o exercício de uma faculdade que já possuía. Pode-se dizer que nessas atividades incide um poder de polícia reforçado ou tonificado.⁵⁴

Não é certamente esse o caso das autorizações previstas no Grupo B, uma vez que aqui a atividade é *ab origine* pública, i.e., estatal e em razão disso deve-se falar de uma autorização-delegação. Mas que se trate de delegação *de serviço público* não está provado, muito antes pelo contrário.

A autorização não foi prevista como meio de delegação de serviços públicos no artigo-chave desse instituto, o 175. E considerar-se que ela “entrou pela janela” dos serviços públicos, em casos específicos, é incorrer em petição de princípio: dever-se-ia justificar que os casos do Grupo B são, com efeito, serviços públicos, conclusão que se verifica ser problemática.

Depois — tal como no caso da concessão e permissão —, há usos da autorização nesse Grupo B que sugerem ser objeto dela o uso e fruição de um bem público. Nesse sentido, além dos arts. 176 e 177 (especialmente o inciso V), veja-se também o art. 174, §4º, que insere a autorização em contextos nos quais dificilmente se poderia falar de serviço público.

A jurisprudência mais antiga do Supremo Tribunal Federal via na presença do instituto da autorização uma alternativa colocada à dis-

21, XII, da Constituição de 1988, “não passam de atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não a prestá-las) — diretamente ou por via de empresa privada”. Para uma análise destes julgados, veja-se RODRIGUES, cit., seção 4.

⁵⁷ O qualificativo “serviços públicos” foi expressamente eliminado deste contexto, pela Emenda Constitucional nº 8 de 1995, cf. *infra*.

posição do Poder Público, de organizar o serviço a seu cargo de maneira diversa daquela do serviço público:

O art. 5º, nº XII, da Constituição de 46 declara que compete à União “explorar diretamente ou mediante autorização ou concessão os serviços... de navegação aérea”. É livre à União, portanto, adotar quando não queira exercer diretamente a exploração, o regime de autorização ou de concessão. Preferiu a União, como é sabido, o regime de autorização: ao invés de outorgar com exclusividade ou privilegiadamente o serviço de navegação aérea, entendeu de melhor aviso manter o sistema de concorrência, isto é, de acessibilidade de tal serviço a quem se submeta às exigências regulamentares. Em lugar de concessão, que é a outorga ou delegação a título exclusivo, de prerrogativa do poder público, adotou o critério de autorização, reservando-se apenas o controle ou regulamentação da exploração do serviço. (...) Não se prevaleceu a União da faculdade de conceder privilegiadamente o exercício da atividade que lhe foi constitucionalmente reservada, preferindo o sistema de liberdade relativa de empresas particulares concorrentes, isto é, limitando-se a subordiná-las a tais ou quais condições, na órbita do seu poder de polícia, ou seja, o sistema de autorização. A recorrente, como as suas congêneres, não são titulares de uma concessão, mas de uma autorização para exploração de um serviço que, embora de utilização pública, e reservado à União, esta deixou, como permite a Constituição, à concorrente atividade de particulares, legalmente regulamentada, como qualquer outra atividade que afete à segurança e comodidade públicas. O que se apresenta, na realidade, não é um serviço público concedido, mas um serviço de utilidade pública exercido por particulares, sob o controle ou supervisão da União.⁵⁵

A concepção do regime jurídico do serviço aí formulada talvez não seja mais adequada. Em todo o caso, a idéia de fundo tem validade ainda hoje: a presença da autorização nesses dispositivos constitucionais indicaria uma disposição da Constituição para admitir arranjos de prestação de serviços de modo diferenciado.

Mais modernamente, a jurisprudência da Corte Suprema guarda-se, inclusive, de identificar, sem mais, as atividades do Grupo B com o serviço

⁵⁸ Reitere-se, porém, o exato alcance desta afirmação. Com ela quer-se significar que tais atividades não devem ser, automaticamente, consideradas serviços públicos apenas porque de titularidade pública. Como se verá, poderão vir a sê-lo. De outro lado, dizer que não se trata necessariamente de serviço público não significa que a atividade não seja de competência estatal. Muito antes pelo contrário.

⁵⁹ Sobre o tema, consulte-se, por todos, RODRIGUES, Itiberê. Fundamentos dos serviços públicos na Constituição de 1988. *Diálogo Jurídico*. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.

⁶⁰ Art. 21. Compete à União: (...) explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle acionário estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado através da rede pública de telecomunicações explorada pela União.

Para uma retrospectiva das diversas Emendas Constitucionais que incidiram no âmbito da Ordem Econômica, v. Vieira de Carvalho, cit., especialmente a seção “Modificações introduzidas no discurso ideológico original”, do Capítulo 3.

⁶¹ Se se atém, apenas, a uma descrição empírica, i.e., se não se assumem “de contrabando” outros elementos

público e, mesmo nos casos em que há menção à concessão, não se a considera necessariamente como *de serviço público*.⁵⁶

Em face desses complicadores dificilmente se poderia estabelecer inequivocamente o querer constitucional a partir apenas de uma consideração unitária da natureza jurídica dos títulos usados, sobretudo nos casos do art. 21.

Passando dos títulos ao regime jurídico, as variáveis e incertezas continuam. Basta aqui sinalizar algumas.

Assim, enquanto o art. 236 determina que os serviços notariais e de registro, de titularidade pública, sejam executados *necessariamente* por agentes privados e em regime de *direito privado*, os arts. 21, inc. XXIII, e 177, inc. V, *excluem essa participação privada*, sob qualquer regime (à exceção de certas atividades relativas aos isótopos de meia-vida). Entre esses dois extremos situa-se a ação privada *delegada*, para a qual, porém, continua faltando um inequívoco denominador comum. Por exemplo, os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens serão concedidos, permitidos ou autorizados aos particulares observando-se um princípio inexistente para as demais delegações, qual seja, aquele da *complementaridade dos sistemas privado, público e estatal* (art. 233).

Da mesma forma, enquanto as atividades de telecomunicações e exploração de petróleo e gás — as primeiras executáveis por privados mediante “concessão, permissão ou autorização”⁵⁷ e as segundas mediante “contrato” — são supervisionadas por um “órgão regulador”, aquelas de radiodifusão sonora envolvem um outro esquema de controle, consubstanciado em uma complexa articulação entre o Poder Executivo e o Legislativo (arts. 21, inc. XII, *a*; 49, inc. XII, e 223).

O art. 177, ao disciplinar a execução por entes privados das tarefas elencadas em seus primeiros quatro incisos, exige que certas condições para tanto sejam dispostas em lei, dentre elas as bases da contratação e a garantia de abastecimento dos derivados de petróleo. Preocupação semelhante, que leve a Constituição a referir expressamente uma Lei geral desta natureza não se encontra em outros dispositivos que igualmente regulam a ação privada (à exceção do art. 175 da Constituição cf. *infra*).

que dependem de uma análise jurídica, tais como o ser necessariamente lucrativa, o não se prestar à execução de políticas públicas etc. Sobre o tema, veja-se Vieira de Carvalho, cit., que faz uma apresentação e análise

As observações, aproximações e afastamentos poderiam prosseguir ainda em muitas direções, mas quanto já dito serve para alertar contra leituras generalizantes e totalizantes. Em particular, serve para tornar ao menos problemática aquela que se faz a partir do conceito de “serviço público”, objeto da próxima seção.⁵⁸

6 Os serviços públicos: definição, regime jurídico⁵⁹

Até aqui o fio condutor da exposição foi o art. 173. Ele estrutura o conjunto de atividades incluídas no Grupo A e remete aos demais artigos da Carta ao referir os “casos previstos nesta Constituição”. Como indicado na seção 3, o outro participante do “diálogo normativo” é o art. 175.

Neste artigo a Constituição menciona um outro grupo de atividades econômicas acometidas ao Estado: os *serviços públicos*, sem, contudo, oferecer instâncias concretas. Para obtê-las, deve-se recorrer a outros artigos da Carta: são expressamente qualificados como serviços públicos aqueles de saúde, educação e assistência social (quando prestados pelo Estado) e os de transporte coletivo de âmbito municipal (e, antes do advento da Emenda Constitucional nº 8/95, os serviços de telecomunicações).⁶⁰

Considerando a importância deste dispositivo e a sua generalidade, parece demais simplista reduzir as hipóteses de serviço público apenas a estes poucos casos, apenas porque só em relação a eles a expressão foi usada. Inversamente, parece também simplista e injustificado (cf. seção 5.3, acima) afirmar sem maior exame a tese inversa, i.e., que todas as atividades econômicas acometidas ao Estado são serviços públicos apenas porque o art. 175 afirma “incumbir ao Estado a prestação de serviços públicos” e as tarefas do Grupo B foram acometidas ao Estado. Faz-se necessário buscar

da posição da doutrina sobre este tópico (seção “Serviço público como atividade econômica: a perspectiva da Constituição brasileira” do cap. 2).

⁶² À parte os serviços públicos de saúde, educação e assistência social, expressamente ressalvados pela Constituição que não serão aqui tratados.

⁶³ E principalmente uma sua indevida identificação com o conceito econômico de monopólio.

⁶⁴ A partir de certa perspectiva, parece ser categoria mais ampla do que a de “consumidor”, na medida em que não confinada apenas ao ambiente econômico. Denota o sujeito que se aproveita do exercício de uma competência pública.

Assim, no art. 37, §3º vem dito que “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o

antes o significado para *depois*, com base nele, delimitar a classe (extensão) do conceito de serviço público.

Essa busca não é, porém, singela, porque a Constituição não formulou explicitamente uma definição e, quanto à expressão, empregou-a em contextos muitíssimo diferentes — art. 20, inc. IV; art. 21, inc. XIV; art. 30, inc. V; art. 34, inc. VII; art. 35, inc. III; art. 37, inc. XIII, §§3º e 6º; art. 39, §7º; art. 40, §1º, inc. III; art. 43, §2º; art. 54, §1º; art. 61, §1º, inc. II; art. 136, §1º, inc. II; art. 139, inc. VI; art. 145, inc. II; art. 167, inc. IV; art. 175; art. 198; art. 202, §5º; art. 241; art. 2º ADCT; art. 19 ADCT; art. 53 ADCT; art. 66 ADCT; e art. 77 ADCT.

Sem fazer a análise de cada um destes dispositivos, o certo é que, dentre outras tantas aí presentes, há uma concepção de serviço público relacionada à atividade econômica estatal, i.e., como uma organização estável de bens e pessoas voltada para a produção de utilidades economicamente apreciáveis (bens e serviços) fruíveis singularmente pelos indivíduos.

E tal parece ser o sentido em que o art. 175 usa a expressão.

Essa primeira determinação não é problemática,⁶¹ se se tem presente, dentre outras coisas que (i) o dispositivo encontra-se inserido na Ordem Econômica e institui, nesse campo, uma precisa competência estatal, ao lado — ou em paralelo — de várias outras intervenções públicas na economia, tais como as atividades elencadas no art. 173, a função regulatória e normativa (art. 174), a atuação na indústria do petróleo, gás e minérios (arts. 176 e 177) etc., (ii) alude-se a prestação de “serviços”, a serem remunerados diretamente por cada beneficiário (tarifas pagas pelo usuário) e, finalmente, (iii) a participação de agentes privados (“empresa”) é referida aí como um modo de exercício desta competência.

Mas não é só esta a única informação que pode ser obtida do art. 175. Ele contém outros pontos de partida que, se não são notas características do conceito de serviço público, servem para encaminhar uma sua definição e para identificar eventuais instâncias suas. Assim, além de ser uma atividade econômica,

exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

Da mesma forma, no art. 150, inc. VI, §3º, excepcionam-se da imunidade tributária recíproca dos entes federativos “os serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel”.

⁶⁵ V. nota anterior.

⁶⁶ Sobre o problema de configurarem-se tais pretensões como “direitos subjetivos”, v. Marcus Faro de Castro,

- todo o serviço público é de titularidade exclusiva do Poder Público.⁶²

Trata-se de uma competência pública que institui para a atividade em causa um *monopólio jurídico*. O art. 175 refere *incumbir ao Poder Público, “diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão”*, a prestação de serviços públicos, ou seja, este dispositivo faz ser, sempre, o Poder Público o ente que realiza juridicamente a atividade, mesmo quando executada materialmente por empresas privadas (realização pública indireta). O oferecimento da atividade não incumbe originalmente aos privados mas ao Poder Público.

É preciso, porém, ter bem presente o alcance desta afirmação, para evitarem-se mal-entendidos.⁶³

Ela significa apenas que a área econômica coberta pela atividade *não está no âmbito da livre iniciativa* (se foi retirada daí ou se nunca esteve atribuída aos particulares é questão que ora não interessa), mas no do Estado. Ele é o responsável primário por prover tais atividades e os agentes privados não são livres para realizá-la, mas antes necessitam de um título público legitimador de sua atuação (concessão ou permissão *de serviço público*).

De outra banda, o monopólio estatal, por si só, não determina exatamente *como* essa competência será exercida, se por meio de agentes privados titulados, em competição mais ou menos intensa entre si, se com a presença do Estado e de particulares etc.

Sobretudo, essa imputação também não equivale a identificar “atividade econômica atribuída ao Poder Público” com “serviço público”, pura e simplesmente, como se a norma estivesse a produzir uma automática absorção de todas as atividades do Grupo B aos serviços públicos, afirmando algo como “será considerada serviço público toda e qualquer atividade econômica cujo titular seja o poder público”.

A proposição “incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos” *imputa um dever ao Estado*. Diz que um tipo de atividades — os “serviços públicos” — é de competência exclusiva do Poder Público. É certo que ao fazer tal imputação indica uma característica preciosa que auxiliará a identificar instâncias do conceito, na medida em que se a atividade não incumbe ao Estado, já se saberá não se tratar de serviço público. Mas não esgota as notas características do conceito, de modo que o ser de titularidade ex-

cit., especialmente p. 59 et seq.

clusiva do Estado é uma condição *necessária* mas *não suficiente* para que uma atividade econômica qualquer venha a ser tida por serviço público. *Se todo o serviço público é de titularidade do Estado, nem toda a atividade de titularidade do Estado tem de ser — apenas por força do art. 175 — serviço público.*

O art. 175 ainda contém outras informações importantes acerca da figura.

- O beneficiário do serviço público é o “usuário”.

“Usuário” é um conceito utilizado pela Constituição em conexão com um ambiente administrativo e nitidamente diferente daquele de “consumidor”.⁶⁴

Tomando-se outros dispositivos constitucionais⁶⁵ e mesmo outras partes do art. 175, pode-se dizer que a marca da figura de usuário está no fato de que o serviço de que é beneficiário é uma competência pública e, por isso, (1) encontra-se regulado pelo poder público — por meio da Lei e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aos quais se incorporam os atos administrativos normativos — e não por ele ou por um empresário privado tendencialmente em posição de vantagem e (2) possui, além do direito de obter a utilidade,⁶⁶ uma série de direitos que decorrem do fato de estar em execução uma competência pública, aplicando-se aqui as exigências da impessoalidade, moralidade, isonomia, cf. *caput* do art. 37 da Constituição, cf. *supra*.

Um elemento desse regime diverso que está associado especificamente com o conceito de usuário *de serviço público* é indicado já pelo próprio art. 175 (inc. IV),

⁶⁷ Art. 43. (...) §2º - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; v. também art. 150, VI, §3º.

⁶⁸ Vieira de Carvalho fala de uma “regulação social” dos serviços públicos: a “regulação social não tem como fundamento primeiro a lógica econômica; prevalece a idéia de ‘serviço público’, direcionando a regulação ao objetivo da ‘universalização’ do serviço e à preservação do meio ambiente, dentre outros aspectos” (cit., p. 65).

⁶⁹ A menos que essa não seja uma determinação positiva do Estado.

⁷⁰ Art. 37 (...) §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (...)

⁷¹ A lei e o conjunto dos atos normativos inferiores que incidirão sobre o contrato de concessão ou permissão.

⁷² Essa competição será, por força dos dispositivos do art. 175, sempre relativa e controlada pelo titular da competência.

⁷³ E munidos necessariamente de cláusulas de “caducidade”, “fiscalização” e “rescisão”.

⁷⁴ Tirante os serviços públicos de saúde, educação e notariais.

⁷⁵ Economicamente apreciáveis e fruíveis pelos indivíduos singularmente.

- O serviço público (pelo menos aquele realizado por concessionário ou permissionário de serviço público) é remunerado por um valor controlado pelo titular da competência, i.e., por tarifa, inserida no contexto de uma *política* tarifária.

A referência à “tarifa” no texto da Constituição está sempre vinculada à idéia de um *controle econômico* do poder público em face da contraprestação pecuniária associada a uma determinada atividade produtiva.⁶⁷

Reforçando o aspecto de competência pública, o conceito de tarifa vem inserido no âmbito de uma *política*, i.e., *política tarifária*.

O exato alcance desta expressão é difícil de precisar, mas sem sombra de dúvida aponta ela para uma preocupação que vai além do aspecto econômico puro, sugerindo algo que de resto é já decorrente do próprio fato de ser a atividade uma competência pública, i.e., que se possa realizar, tendo como instrumento a atividade em questão, *políticas públicas* para o atingimento dos objetivos e fundamentos da República brasileira,⁶⁸ tutelando-se, em contrapartida, o agente privado prestador direto do serviço público por meio do instituto do “equilíbrio econômico-financeiro” dos contratos de concessão e permissão de serviço público.

Assim como a retribuição não é deixada à discricionariedade do privado ou ao livre jogo das forças de mercado,⁶⁹ outros elementos do regime jurídico são também previamente indicados e, em certa medida, predeterminados.

- A obrigação fundamental do prestador de serviço público é a de oferecer “serviço adequado”, respondendo objetivamente pelos danos que, nessa condição, causar a terceiros (art. 37, §6º).⁷⁰

A noção de “serviço adequado” é central para a compreensão do conceito de serviço público.

⁶⁶ i.e., foi-lhe reservada com exclusividade.

⁶⁷ i.e., concessão e permissão de serviço público estruturadas de modo a garantir o controle e fiscalização econômica e técnica do titular da competência.

⁶⁸ O “serviço adequado” é o modo específico de ligação desta categoria jurídica com os objetivos e finalidades da República e da Ordem Econômica.

⁶⁹ Sem, porém, chegar-se a ponto de eliminar a vinculação desse agir público às exigências estabelecidas na subseção 2.2, supra.

⁸⁰ Efetivamente, fosse essa perspectiva a correta, dever-se-ia dizer que, em vez de todas as variações e oscilações constantes nos textos esparsos, bastaria à Constituição ter dito, genericamente, que tais atividades são serviços públicos ou que são realizadas pelo Estado diretamente ou mediante *concessão ou permissão de serviço público*.

⁸¹ Vejam-se, por exemplo, os arts. 1º a 3º da Lei nº 9.074/95.

É por certo obrigação de todo e qualquer agente econômico oferecer ao mercado produtos e serviços não apenas úteis aos fins para os quais foram criados, mas também seguros.

No caso dos serviços públicos, porém, essa obrigação genérica é aprofundada, de modo que não é só a contraprestação pecuniária que vem determinada pelo titular da competência (o Estado), mas também os elementos que caracterizam a utilidade a ser oferecida. Pode-se dizer que o conceito (a obrigação) de *serviço adequado* é a idéia regulativa do instituto de serviço público. *É seu telos e sua justificação. É sobretudo por meio dele* — assim como foi por meio do conceito de “função social” da empresa pública e sociedade de economia mista no caso do art. 173 — *que as idéias gerais que informam toda e qualquer atuação estatal econômica direta (seção 2.1) assumem especificidade jurídica para este setor.*

Como diz o texto do artigo, “a lei disporá sobre (...) a obrigação de manter serviço adequado”.⁷¹ Mais uma vez aqui se reforça a idéia de que se está às voltas com uma competência pública que se estende aos aspectos mais importantes da execução da atividade e que relega as “forças de mercado” a um papel secundário — supondo-se que o poder público tenha resolvido que o serviço público será realizado em regime de competição.⁷²

Quanto ao elemento contedudístico do conceito de “serviço adequado”, é certo que há uma grande abertura de significado que deverá ser preenchida pelo legislador e pela administração pública, inclusive segundo as características técnicas de cada atividade em concreto. Em todo o caso, tem-se que, em se tratando de uma competência pública e de uma tal diretamente relacionada com o bem-estar dos “usuários” (potencialmente todos os cidadãos brasileiros), é absolutamente necessário conectar essa obrigação com os objetivos e fundamentos da República brasileira quando se estiver a construir o conceito para cada âmbito de atividade.

Como já se disse acima, a “entrada” dos privados nesse mundo não é livre:

- Por ser uma competência pública, a atuação de agentes privados é derivada e não é a regra (oposição simétrica aos casos do art. 173, regulados

⁷² Salvo no caso dos serviços públicos municipais, pois que aí não foram apontados pela Constituição sequer potenciais candidatos.

⁷³ Tais como a sua configuração como monopólio natural, a sua relevância para outras atividades estatais, etc.

por lei ordinária). Sendo a competência originariamente pública, o modo “natural” de exercê-la é diretamente; só mediante uma *decisão* explícita de atuação indireta é que o privado será chamado a participar da tarefa. E participa na condição de *delegado* e não de *dominus* da atividade. De fato,

- os privados só podem realizar serviços públicos munidos dos títulos de concessão ou permissão de serviços públicos, contratos de “caráter especial”⁷³ com outorga sempre precedida de licitação.

Essas são as principais informações normativas oferecidas pelo art. 175 acerca do “serviço público”. É a partir delas que se deveria construir uma sua definição,⁷⁴ começando por indagar-se se todas essas informações compõem o conceito de serviço público ou se há aí tanto de conceito como de consequência dele (regime jurídico). Ou, o que é equivalente, se o regime jurídico é o elemento definidor do conceito de serviço público (ou uma parte dele).

Para os propósitos deste estudo, consideram-se relevantes todas as informações oferecidas pelo art. 175 que ora se articulam em um elemento (a) material, (b) formal e (c) teleológico.

Assim, (a) “serviço público” é a atividade de produção e/ou circulação de bens ou serviços⁷⁵ atribuída pela Constituição ao Poder Público, referente a uma determinada área econômica (b) que não está no ambiente da livre iniciativa⁷⁶ e dotada de um regime jurídico específico caracterizado — dentre outras coisas — pela observância de uma “política tarifária” e pela delegabilidade da execução da atividade à iniciativa privada por meio de específicos instrumentos que assegurem o pleno exercício da competência pública e a realização do objetivo do serviço público,⁷⁷ qual seja, (c) contribuir para a realização das finalidades da República Federativa do Brasil (e da Ordem Econômica), por meio da prestação do “serviço adequado ao usuário”.⁷⁸

Há duas importantes observações que devem ser feitas.

⁷⁴ Marcus Faro de Castro, cit., p. 43. É muito importante notar que não se trata apenas de uma instituição (meramente) econômica, assim qualificada por este autor: “(...) muitas instituições econômicas, embora possam adquirir caráter constitucional no sentido político, podem permanecer carentes de formulação jurídica, capaz de relacionar a estrutura de tais instituições à realização de ideais de justiça, dando prioridade a estes últimos. Nesses casos, pode-se dizer que as instituições em causa têm caráter ‘constitucional’ em sentido político, e não ainda em sentido ‘jurídico’”.

A primeira é que, se o serviço público tem um regime jurídico “específico”, ele está indicado mas não totalmente determinado pela Constituição. O regime jurídico do serviço público é *relativamente aberto ainda que exista um núcleo normativo irrenunciável*.

Em segundo lugar, reitere-se quanto dito antes: com esse conceito não se decidiu, por um *fiat*, que todas as atividades de titularidade estatal relacionadas na Constituição são serviços públicos. Por certo que muitas delas compartilham o substrato material e todas compartilham a finalidade genérica (cf. seção 2.1, *supra*). Em todo o caso, isso por si só não significa que se valem necessariamente da mesma técnica jurídica. O que segue trata da relação entre serviço público assim caracterizado e os dois outros grupos antes identificados.

7 As relações

Antes de elaborar as relações entre os diferentes grupos, convém firmar alguns pontos vistos acima.

Grosso modo, há dois modos de ação estatal bem delineados mas com poucos “exemplares” ou nenhum (Grupos A e C — ações estatais realizadas para atendimento de imperativo de segurança nacional e/ou relevante interesse público, serviços públicos, cf. art. 173, *caput*, segunda parte, e art. 175) e há um grupo que apresenta pouca coesão interna mas muitas instâncias (Grupo B — “os demais casos” de que fala o art. 173, *caput*, primeira parte).

Com efeito, a identificação e o regime jurídico das atividades econômicas estatais realizadas em paralelo com a iniciativa privada (art. 173, *caput*, segunda parte) estão estipulados na Constituição com razoável clareza. Uma e outro serão estabelecidos em Lei Ordinária. Essas atividades deverão ser tais que atendam a “imperativo de segurança nacional” ou “relevante interesse público” (elemento que se poderia qualificar como “material”) e serão realizadas de tal sorte que não introduzam indevida vantagem para os agentes estatais, em desfavor daqueles privados. Vale dizer, prevalecerá o regime de direito privado (sem perder-se de vista a “função social” das estatais e os princípios que regem todo e qualquer exercício de competência pública).

Diferentemente, no art. 175 a identificação das instâncias parece estar pressuposta, e a Lei referida apenas detalhará e desenvolverá as diretrizes

fixadas no seu parágrafo único. Em todo o caso, há também aqui um bom número de elementos que permitem caracterizar o regime jurídico desta espécie de ação estatal direta, ou seja, o “serviço público”.

No caso do terceiro grupo, como se disse, reina a heterogeneidade e a indeterminação.

7.1 Serviços públicos e atividades econômicas estatais que atendam a imperativo de segurança nacional e relevante interesse público

O art. 175 não trata da mesma categoria jurídica que o art. 173, ainda que os dois textos regulem aspectos do mesmo fenômeno genérico (a excepcional atuação estatal direta na economia) e que se possa vislumbrar semelhança ou identidade no que diz com o critério material de definição.

Os agentes referidos em um e outro artigo são, *prima facie*, diferentes. No art. 173, cuida-se de sociedades de economia mista e empresas públicas (atuando segundo regras de mercado, com as ressalvas referidas); no art. 175, de concessionários ou permissionários de serviço público (dotados de prerrogativas e “privilégios” típicos do Poder Público). No primeiro caso, pessoas estatais atuantes na economia não firmam com o Estado um “contrato”. São criaturas suas, existentes, exatamente, para realizar a função que uma Lei considerou devesse ser levada a efeito pelo poder público. Nas hipóteses do art. 175, o sujeito privado não é uma criatura do Estado e vincula-se a ele por um “contrato” (especial) e não por uma Lei.

A Lei referida no art. 173 define os conceitos de “imperativo de segurança nacional” ou “relevante interesse público” e delimita a atividade respectiva, além da “função social” da criatura estatal; a Lei exigida pelo art. 175, por seu turno, não define uma atividade. Na verdade, *pressupõe* como dadas certas atividades (serviços públicos) e institui ou detalha, para elas, aspectos “de funcionamento”, tais como a política tarifária, as condições de prorrogação do contrato etc.

Do ponto de vista operacional, a Lei requerida pelo art. 173 tem sobretudo a função de *aproximar o modo de agir público do agir privado*⁷⁹ (sem identificá-los, como lembra o conceito regulativo de “função social” e o

controle sobre estes entes), enquanto que a do art. 175 assegura que o *agir privado* (eventual) estará vinculado a certas técnicas jurídicas próprias do direito público.

Além disso, no art. 173 o conceito regulativo é *função social*; no art. 175, *serviço adequado*.

Em síntese: enquanto no art. 173 trata-se de um fenômeno de “invasão” do Estado em terreno que decididamente não é o seu, e sim originariamente privado, no art. 175 parece estar-se a cuidar de uma área tipicamente estatal onde os privados atuam *se chamados pelo Estado*. Por isso, no art. 173 o Estado “mimetiza-se” em privado, atuando através de sociedades de economia mista ou empresas públicas; no art. 175, são os privados que se “mimetizam” em agentes públicos, assumindo a forma de concessionários ou permissionários de serviços públicos. Por isso, não tem também sentido, para os fins do art. 173, falar-se em delegação de atividade econômica do Estado aos particulares, como é o caso do art. 175. No art. 173 não se efetuou um *alargamento* da atuação privada (talvez antes, uma *restrição*).

Uma primeira conclusão é, então, possível: serviços públicos são atividade de mais acentuado regime jurídico publicístico e não se confundem com atividades econômicas realizadas pelo Estado — a partir de uma decisão legislativa — para atender a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse público, ainda que, materialmente, possa haver afinidades entre uma e outra atividade.

7.2 Serviços públicos e as atividades econômicas atribuídas ao Poder Público pela Constituição – A função do conceito de serviço público e o espaço do legislador ordinário

O tema já foi em grande parte tratado na seção 5, sobretudo na subseção 5.3, pelo que cabem aqui apenas algumas observações.

Em verdade, a questão sobre serem as atividades incluídas no Grupo B serviços públicos relaciona-se com a importância e o significado jurídico a atribuir-se à heterogeneidade e à indeterminação com que tratou a Constituição aquelas tarefas a cargo do Estado. Uma resposta afirmativa supõe que se possa ou deva minimizar a diversidade e impor-se-lhe a categoria genérica “serviço público”, relativamente delineada no art. 175 da Constituição, como a sugerir que as diferenças de tratamento devem-se

mais à imprecisão da Carta do que a uma sua intenção de abrir espaços e alternativas jurídicas.⁸⁰

O que pretendeu a subseção 5.3 foi sugerir que não é sempre *necessário* atribuir-se a tais atividades a qualificação de serviço público, visto que as referências constitucionais a certos institutos e o modo de tratar as variadas atividades não leva à imediata identificação do regime esboçado com aquele de serviço público presente no art. 175.

Na verdade, considera-se que a Constituição, na maior parte dos casos, admitiu essa qualificação mas não a impôs: faltou-lhe a adesão inequívoca ao regime jurídico delineado pelo art. 175, decisão que caberá ao Legislador Ordinário,⁸¹ o qual a realiza dentro do círculo de atividades indicadas pela Constituição⁸² e limitado por alguns elementos fáticos (características econômicas da atividade,⁸³ questões técnicas de sua organização etc.) e jurídicos (melhor forma de atendimento à finalidade dessas atividades, dentre outras).

Nesse sentido, a Constituição faz do conceito de serviço público sobretudo um *instrumento jurídico* a ser utilizado pelo Legislador Ordinário para disciplinar o modo de realização das atividades que atribuiu ao Poder Público. Não é uma categoria com extensão definida, embora seus exemplos devam ser encontrados na Constituição e não fora dela.

Um estudo subsequente, além de aprofundar inúmeras questões aqui tratadas com inevitável rapidez deveria também esclarecer (i) *em que bases essa decisão de qualificar uma determinada atividade como serviço público seria tomada e, também* (ii) *qual seria a diferença, em termos de regime jurídico, entre os serviços públicos e essas outras atividades públicas*. Como referido, entende-se que essa competência é do Legislador Ordinário que a deve exercitar sob certos limites e que a diferença só pode ser estabelecida caso por caso.

Em termos mais gerais, este estudo procurou mostrar que a Constituição, ao mesmo tempo que assume uma posição pelo modo de produção capitalista da economia, conecta o Estado com uma vasta gama de atividades

econômicas. Algumas *devem* ser por ele realizadas; outras *poderão ser futuramente* assumidas por ele. Em todo o caso, não é reduzida a presença do Estado na economia, como agente de produção e de circulação de bens ou serviços.

Essa presença, como fenômeno genérico, pode ser tematizada como uma categoria jurídica *a se stante*, dotada de certas características gerais (onde desponta a sua vinculação a certos *fins* do Estado brasileiro). Com efeito, talvez o resultado mais importante desse estudo tenha sido ressaltar, a partir da análise das normas constitucionais, uma figura jurídica mais abrangente e central do que a de serviço público, à qual esta se encontra subordinada e serve-lhe de instrumento: é o que se vem chamando de “ação econômica estatal direta”, articulada variamente — em três grandes espécies — mas que *deve possuir uma forte vinculação* com as finalidades da República.

Essa, poder-se-ia dizer, é mais do que uma instituição jurídica, é uma das *instituições econômicas constitucionais* “que, como resultado de interações estratégicas e confrontos entre grupos sociais, são pragmaticamente incorporadas aos processos de organização do Estado, passando, pelo fato mesmo de sua existência, a constituir elemento vital para a sobrevivência do conjunto das autoridades estatais, ou da sua estrutura corrente. Nesse sentido precipuamente *político* (i.e, que diz respeito à existência e organização dos cargos de autoridade no seio do Estado), tais instituições econômicas têm caráter ‘constitucional’”.⁸⁴

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. A atuação econômica estatal direta: hipóteses e regimes jurídicos (a propósito dos arts. 173 e 175 da Constituição da República). *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 163-200, abr./jun. 2008.