
O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO

THE PUBLIC SERVICE CONCEPT TO THE TAX LAW

JOSIANE BECKER¹

Resumo

As atividades que visem o bem estar da coletividade, ainda que com regimes jurídicos diversos, compõe a concepção original brasileira de serviço público. Cabe ao legislador discricionariamente determinar o que seja serviço público, através da identificação das atividades que reputa de interesse público e que satisfaçam a coletividade. Nesta atividade é estabelecido que a titularidade da prestação correspondente é do Estado, o qual regulará e fiscalizará a execução dos serviços desenvolvidos. Na órbita do direito tributário o serviço público também deve ser de titularidade do Estado, visando atender às necessidades fundamentais dos indivíduos e subordinado ao regime de direito público.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais - Políticas Públicas - Diversidade.

Abstract

The activities that aim the welfare of the community, even in different legal systems, form the Brazilian original concept of public service. It is determined by legislature discretion, who identify activities which it considers of public interest and satisfied the community. The legislature established that the public service activity is a state ownership, and define that the state will regulate and supervise the execution of the services too. In the field of the tax Law, the public service should also be state owned, attend basic peoples needs and be subject to public interest.

Key words

Public Law - public service - tax Law concept

¹ Mestre e Doutoranda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora do Centro Universitário do Brasil – UniBrasil a advogada.

1. Considerações iniciais

A busca pelo suprimento das necessidades básicas impulsionou a agregação social dos humanos na medida em que as indigências são insusceptíveis de serem providas individualmente. Não obstante, o conceito de necessidade básica não está afeto apenas à natureza humana, mas também à sua história e cultura na medida em que reflete a evolução da sociedade. Como exemplo, na Idade Média o poder era associado a elementos teocráticos (o soberano era considerado representante da divindade), sendo que os serviços religiosos eram considerados essenciais para o bem estar das pessoas, deixando-se de lado fatores como a educação e o saneamento básico.

Com o passar do tempo, os seres humanos reuniram-se, organizaram-se e criaram instrumentos coletivos para a satisfação das suas necessidades básicas até chegar à criação do Estado, que se incumbiu do suprimento de diversos serviços essenciais, voltados não só para o interesse individual do sujeito diretamente beneficiado, mas também para a existência harmoniosa e sustentável da coletividade.

Ao mesmo tempo em que se começou a pensar na noção de interesse geral, os serviços essenciais prestados pelo Estado adquiriram caráter público, decorrente da relação jurídica típica existente nas atividades prestacionais estatais. Sendo que, diante de novas exigências culturais e sociais, decorrentes de avanços científicos, com o passar do tempo aumentaram o rol de atividades reputadas fundamentais a serem desenvolvidas pelo Estado.

As prestações essenciais do Estado que garantem às pessoas o mínimo necessário para a viabilização adequada de suas vidas foram denominadas de serviço público. Por conseguinte, a disponibilidade dos referidos serviços é indispensável para o exercício de alguns dos direitos fundamentais – como o direito à vida, usufruído mediante o acesso a certas prestações essenciais desenvolvidas pelo Estado.

A seguir serão analisadas as concepções de serviço público no direito alienígena para, após, serem verificados os aspectos relevantes que caracterizam referido instituto perante a legislação pátria.

2. Concepção francesa de serviço público

A noção de serviço público nasceu na França, berço da Escola do Serviço Público, ou Escola de Bordeaux, desenvolvida no começo do século XX com Léon Duguit e Gaston Jèze, cujas elaborações doutrinárias têm relevante

importância na construção da concepção brasileira², tornando-se imprescindível seu estudo para compreensão do tema.

Verifica-se que as ideologias republicanas de igualdade e liberdade erigidas na França (resultantes da Revolução Francesa) construíram um ambiente propício para o desenvolvimento das ideias de que o Estado é responsável por prestar serviços públicos visando à satisfação do bem estar dos administrados, sendo (o Estado) considerado o único aparelho jurídico de coesão social e instrumento de reequilíbrio da sociedade (de redução das suas desigualdades).

Fundador da Escola do Serviço Público, Léon Duguit afirmou que a noção de serviço público nasceu com a distinção entre governantes e governados, pois, segundo ele, foi justamente “a partir desse momento se compreendeu que há certas obrigações dos governantes para com os governados e que a realização desses deveres é, ao mesmo tempo, a consequência e o fundamento da sua força maior”³.

Referida força maior deve ser limitada não apenas pelas regras comuns elaboradas para regular as relações entre os indivíduos, mas sim por regras especiais, ditas de direito administrativo e que não sejam emanadas pelo próprio Estado. Assim, direito e Estado devem estar segregados, mesmo porque, na sua concepção, as normas jurídicas inseridas no sistema do direito posto são preexistentes em um grupo social.

Para Duguit, cujos ideários são marcados pela filosofia e sociologia, o serviço público não é uma criação do próprio Estado, mas sim da consciência social (*communis opinio*) de que o Estado tem a obrigação/dever de prover as necessidades básicas da população⁴. Com essas bases, o autor em questão traçou sua consagrada definição contida no 2º volume do *Traité de Droit Constitutionnel*, Ed. 1927⁵, vejamos:

Serviço público é toda a atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, porque a realização dessa atividade é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência da sociedade e não se pode realizar a não ser com a intervenção da força governamental (...). Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionando sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção.

² A concepção de serviço público no Brasil expressa a ideia francesa, sendo que as crises e desafios atuais referentes ao tema são resultado das dificuldades de acomodação da construção francesa tradicional com a realidade sócio-cultural brasileira.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 81.

⁴ De acordo com a concepção francesa à época da “Escola do Bordeaux”, serviço público era o fundamento e objetivo do Estado.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 82-83; MEDAUAR, Odete. Ainda Existe Serviço Público. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.

As características marcantes da teoria de Duguit evidenciam que ele equipara (de forma abrangente) os serviços públicos a todas as atividades prestadas pelo Estado, considerando que estas servem para influir na interdependência social quando o mercado se revelar deficiente na sua capacidade de gestão em prol do interesse público. Fica claro que os serviços públicos não necessitam, necessariamente, ser prestados pelo próprio Estado, haja vista que, se assegurados/regulamentados por este para que atinja seus fins, é irrelevante o regime jurídico pelo qual são prestados (se de direito público, ou privado)⁶. Isso não exclui a possibilidade de os particulares, em regime de livre concorrência, também exercerem livremente as atividades desenvolvidas pelo Estado (serviços públicos), uma vez que a ausência de monopólio estatal não descaracteriza o conceito de serviço público concebido pelo autor em questão⁷.

Dessa forma, verifica-se que para Duguit é irrelevante que o serviço seja prestado sob o regime jurídico de direito público⁸, sob a titularidade do Estado, bastando o interesse público manifestado e definido pelo estado de consciência da coletividade que compõe um determinado grupo social.

Em contrapartida ao pensamento sociológico de serviço público desenvolvido por Léon Duguit, Gaston Jèze busca dar ao instituto jurídico contornos mais objetivos, na medida em que equipara todas as atividades prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, sob o regime de Direito Público, aos serviços públicos. Para referido autor, toda vez que se está na presença de um serviço público, verifica-se a existência de um regime jurídico de Direito Público. Assim, não é a essencialidade que define o que é serviço público, mas sim o regime jurídico (de Direito Público) ao qual o serviço está afeto⁹.

Nesse contexto, o autor afirma que os serviços públicos estão subordinados a um regime jurídico especial, que pode ser modificado a qualquer tempo pelo legislador e que tem por finalidade facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, para dar a mais rápida e completa satisfação às necessidades de interesse público. Por isso, Jèze considera o serviço público um mecanismo “para satisfação de necessidades de interesse público, o que significa que teorias e regras especiais são aplicáveis, que há um regime jurídico especial, regime jurídico esse que é legal e regulamentar”¹⁰.

⁶ Atualmente referida concepção encontra espeque nas empresas de economia mista prestadoras de serviço público, já que são organizadas sob o regime de direito privado.

⁷ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tome II. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, 1923, p. 57-78. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 85. Aragão traz como exemplo o ensino e a assistência social como serviços que, mesmo podendo ser livremente exercidos por particulares, são objetos de serviços públicos quando prestados pelo Estado.

⁸ Aqui entendido como o direito que regula às atividades do Estado e das pessoas públicas.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 86-89.

¹⁰ JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1914, p. 241-243, 247. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 87.

Tanto para Duguit quanto para Jèze, o Direito Administrativo se explica a partir do conceito de serviço público, uma vez que este é o ordenamento jurídico da atividade da Administração Pública para a prestação de serviços públicos. Assim, a noção de serviço público se confunde com a do Direito Administrativo, tendo os serviços públicos a finalidade de atender aos interesses da coletividade¹¹.

De acordo com as ideias desenvolvidas por Jèze, Louis Rolland, outro integrante da Escola do Serviço Público, desenvolveu o pensamento de que existem serviços públicos em sentido amplo e em sentido estrito, de forma que apenas estes estariam afetos ao regime jurídico especial idealizado por Jèze. Para Rolland esse regime especial deveria conter princípios, como o da continuidade, igualdade e eficiência (adaptação às evoluções), que em seu conjunto formam as Leis de Rolland, para o regular cumprimento da obrigação dos governantes na prestação dos serviços públicos e provimento do bem comum.

Verifica-se que a Escola do Serviço Público aparentemente confundiu *serviço* com *função* pública, na medida em que englobou no seu conceito todas as atividades desenvolvidas pelo Estado, como a função legislativa e a judicial. Não obstante, são inegáveis as contribuições que a Escola do Serviço Público produziu para o direito. Sendo necessário ter em mente que o Estado evoluiu para se adaptar às novas exigências da sociedade, criando empresas para realizarem serviços públicos até então excluídos das atividades estatais, abandonando-se a ideia de vinculação necessária do serviço público à atividade exclusiva do Poder Público¹².

Na contra mão do pensamento desenvolvido com espeque nas prestações do Estado para a coletividade, Maurice Hauriou diverge da Escola do Serviço Público, centrando o Direito Administrativo sobre o poder de império exercido pelo Estado, uma vez que, para o autor, “(...) o regime de Direito Público parte da idéia de superioridade do interesse público sobre o privado, e a modificação unilateral das condições de prestação dos serviços se dá através de atos de autoridade por prescindirem de qualquer consenso dos particulares”¹³.

Assim, Maurice Hauriou sustenta sua teoria referente ao Direito Administrativo no poder de império, afirmando que os serviços públicos servem para regular o poder do Estado. São suas palavras:

¹¹ PEREIRA, Marcelo. **A Escola do Serviço Público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 11, fevereiro, 2002, p. 1. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

¹² PEREIRA, Marcelo. **A Escola do Serviço Público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 11, fevereiro, 2002, p. 4. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 91.

(...) é o próprio poder de império que se organizou em razão do serviço, tomando precauções redobradas para se disciplinar, através da hierarquia, da tutela administrativa, de todo um conjunto de reclamações administrativas à disposição dos administrados e do acesso à justiça administrativa, que é parte da própria Administração Pública (...). A autolimitação do poder possui um meio de se objetivar que lhe é próprio, que é a organização, gradualmente transformada em instituição. A organização administrativa é a organização do poder administrativo tanto dos serviços. De toda a sorte, a alta Administração, o conjunto das autoridades e das jurisdições administrativas, é uma organização do poder. É no interior dessa organização que o Poder Executivo se instituiu e que o poder de império progressivamente se submeteu à idéia de servir, ao invés de dominar. É a virtude de uma organização institucionalizada é que ela automaticamente registra toda vontade de promover o serviço que, por um detalhe de organização, cria um obstáculo jurídico às mudanças de vontade do poder que não forem de acordo com o interesse do serviço. (...) Se o regime jurídico administrativo repousa essencialmente sobre o poder, deve ser reconhecido que esse poder é instituído, ou seja, é enquadrado em uma organização submetida a uma idéia. Essa idéia é a do serviço a ser prestado ao público, ou seja, a idéia de serviço público (...). O essencial é que seja a idéia de servir, de prestar serviço, ao invés daquela de pressionar e de opinar.¹⁴

Nesse contexto, o autor em referência define o que entende por serviço público, deixando claro que o monopólio do Estado não é condição para caracterização do mesmo¹⁵. Para ele, serviço público é “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes com a função de prestar ao público, de maneira regular e contínua, um serviço determinado sob a perspectiva de polícia, no sentido elevado do termo”¹⁶.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão¹⁷, Hauriou buscou conciliar a nova realidade que surgia do Estado Social fiscalizador/garantidor, com a ideia de Estado garantidor da paz social, mediante a prestação de serviço público. Nesse

¹⁴ HAURIUO, Maurice. Op. cit., p. XIV-XV. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 92-93.

¹⁵ Não obstante, HAURIUO, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Sirey, 1933, p. 66, Apud Alexandre Santos de Aragão (Op. cit., p. 94), afirma que os serviços públicos visam à ordem e à utilidade pública, não devendo visar à riqueza econômica, porque o lucro é uma necessidade estritamente privada. Embora não visem à riqueza, todos os serviços públicos possuem caráter econômico, uma vez que propiciam a circulação, produção ou repartição de riquezas.

¹⁶ HAURIUO, Maurice. Op. cit., p. 64. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 93.

¹⁷ Ibid., p. 96.

sentido, percebe-se que a teoria de Hauriou chegou ao mesmo lugar que a Escola do Serviço Público.

3. Concepção norteamericana de serviço público

A concepção norteamericana de serviço público traduz o entendimento dos países da common law, ou seja, das public utilities, cuja formação diverge da vertente jurídica latina, franco-germânica. De acordo com Juan José Montero Pascual¹⁸, a diferença entre os sistemas está na distinção do entendimento de interesse geral, vejamos:

Por um lado, temos a noção de ‘interesse comum’, resultado da combinação dos interesses particulares dos cidadãos. Por outro lado, aparece a noção de ‘interesse público’, diferente e superior a mera combinação dos interesses privados, definido especialmente como o bem da nação sobre os interesses particulares. Estas diferentes concepções de interesse geral, que têm seus precedentes mais distantes na filosofia grega, conduziriam a diferentes modos de organizar as atividades destinadas à satisfação do interesse geral.

Também em importante lição, Alexandre Santos Aragão¹⁹ esclarece a distinta concepção de serviço público tomada na Europa e nos Estados Unidos²⁰, ao entender que naquela os serviços são de titularidade do Estado que, raramente, delega sua prestação aos particulares. Já nesse os serviços são de titularidade dos particulares, que exercem suas atividades sob forte regulamentação e fiscalização do Estado. Vejamos suas palavras:

(...) há uma fundamental distinção entre os serviços públicos europeus e latinos americanos, de um lado, e as *public utilities* norte-americanas de outro: aqueles são, em sua abordagem tradicional, atividades titularizadas pelo Estado, eventualmente delegadas a particulares, mantendo-se a titularidade e o controle/regulação estatal, enquanto essas são atividades de iniciativa privada, sobre as quais o Estado, exogenadamente, impõe normas de regulação, limitando a entrada no mercado, estabelecendo padrões para a competição entre os agentes nele atuantes e fixando requisitos mínimos de qualidade e preço dos serviços para os consumidores.

Verifica-se que no direito norteamericano o Estado não é objeto de grandes expectativas sociais como na França, onde o Estado é o responsável direto pelo serviço público a ser prestado para a coletividade. Nos Estados Unidos, os

¹⁸ PASCUAL, Juan José Monteiro. *Titularidad Privada de los Servicios de Interés General: orígenes de la regulación económica de servicio público en los Estados Unidos. El caso de las telecomunicaciones*, in Revista Española de Derecho administrativo – REDA, versão CD-ROM, Apud Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 100-101).

¹⁹ Ibid., p. 105.

²⁰ O surgimento dos serviços públicos nos Estados Unidos, ao contrário da construção francesa, obedeceu a acontecimentos conjunturais produzidos em determinadas regiões americanas, não sendo uma criação doutrinária e teórica de algum tratadista do direito (Ibid., p. 103-104).

serviços públicos não têm qualquer valor simbólico particular, constituindo-se em “utilidades” que podem ser desenvolvidas por pessoas privadas de modo eficaz²¹.

Referidas utilidades, denominadas de public utilities, apresentam-se como atividades que vão ao encontro do interesse público e por isso estão sujeitas ao controle de preços, da qualidade dos serviços e outros, realizados por agências reguladoras independentes. Nesse contexto, o Estado também deve regular os monopólios privados, que são fontes de privilégios, para combater às falhas do mercado e garantir a concorrência²² (consequentemente assegurar a qualidade e a eficiência das public utilities).

As concepções de serviço público tomadas na França e das public utilities norte-americanas se aproximaram com a passagem à iniciativa privada, nos países da civil law, de atividades que eram de titularidade do Estado, mediante delegação dos serviços públicos aos particulares. Nesses casos, o Estado, ao invés de manter a titularidade do serviço fazendo referência “(...) aos delegatários, destituiu a atividade, que passou a ser uma atividade privada regulada (mas não titularizada) pelo Estado, ou, se quisermos adotar outra nomenclatura, passou a ser uma public utilities”.²³

Atualmente a distinção conceitual entre serviços públicos e public utilities ainda perdura, embora tenha sido amenizada pelos mecanismos de mercado assegurados por forte regulação do Estado. O que se verifica é que, nos dias atuais, a concepção norte-americana detém maior coerência com a lógica econômica, o que torna seu estudo indispensável, mormente quanto ao direito regulatório.

4. Concepção europeia de serviço público

A União Europeia mescla a concepção de serviço público tomada na França com a ideia das *public utilities* norte-americanas ao permitir que os serviços públicos sejam prestados/explorados tanto por empresas estatais quanto pela iniciativa privada. Ainda, a concepção europeia de serviço público possui carga econômica, sendo que o Estado não detém, necessariamente, a titularidade da atividade, que denomina de serviços de interesse econômico geral. Por isso, os serviços podem ser prestados pelo Estado, por particulares ou por ambos²⁴.

²¹ BERRY, Michel. *Les Services Publics*. In: *L’Idée de Service Public est-elle encore Soutenable?*. Paris: PUF, 1999, p. 59-60. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 102.

²² MEDAUAR, Odete. Ainda Existe Serviço Público. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 33.

²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 106.

²⁴ Artigo 14º (ex-artigo 16º) do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia: “Sem prejuízo do disposto no artigo 4º do Tratado da União Europeia e nos artigos 93º, 106º e 107º do presente Tratado, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a União e os seus Estados-Membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação dos Tratados, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições, nomeadamente económicas e financeiras, que lhes permitam cumprir as suas missões. O Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de

Como as normas europeias permitem que tanto o Estado quanto o particular preste serviços de interesse econômico geral, em regime de concorrência²⁵, a preocupação da legislação europeia, não é a prestação estatal, mas sim a exclusividade, seja ela de uma empresa estatal ou de um concessionário privado.²⁶

A ideia de que o serviço público deve ser prestado em regime de monopólio foi afastada principalmente pela Corte de Justiça da CEE, a qual estabeleceu que só se pode reservar exclusividade nas atividades que demonstradamente forem vitais para assegurar a existência e generalidade da oferta da utilidade pública²⁷.

Assim, não obstante o combate ao monopólio, a União Europeia reconhece que existem serviços públicos que só serão eficientes se prestados mediante restrições à concorrência, podendo o Estado retirar total ou parcialmente a atividade do âmbito da livre iniciativa. Nesse sentido, a União Europeia trata como regra geral a concorrência na prestação de serviços de interesse econômico geral, mas, quando houver necessidade de restringir a concorrência para atender a necessidades de interesse comum, poderão ser adotadas medidas aptas para tanto, constituindo exceção à regra.

Nota-se que na Europa os serviços públicos asseguram a prestação de determinadas atividades de grande relevância para a coletividade, protestando por valores comuns e garantindo o fundamental para a sociedade (da mesma forma que as *public utilities* norteamericanas, a *daseinsvorsorge* alemã e os serviços sociais dos países nórdicos). Aqui, cada Estado membro possui liberdade de escolha na organização de tais atividades e na definição da dimensão do que é interesse público de caráter geral.

acordo com o processo legislativo ordinário, estabelecem esses princípios e definem essas condições, sem prejuízo da competência dos Estados-Membros para, na observância dos Tratados, prestar, mandar executar e financiar esses serviços.”

²⁵ Artigo 106º (ex-artigo 86) do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia: “1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto nos Tratados, designadamente ao disposto nos artigos 18º e 101º a 109º, inclusive. PT C 83/90 Jornal Oficial da União Europeia 30.3.2010. 2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da União. 3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados- -Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas.”.

²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 110.

²⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

5. Concepção brasileira de serviço público

A concepção brasileira de serviço público foi influenciada pela Escola do Serviço Público nascida na França, que equiparava os serviços públicos a toda e qualquer atividade administrativa do Estado. De acordo com essa acepção, “(...) o direito administrativo conteria um único capítulo, denominado de ‘serviço público’, pois todas as atividades da Administração aí se incluiriam”²⁸. Ainda, para a doutrina desenvolvida na França, serviço público corresponde a uma atividade realizada pelo Estado, não inserida no campo da atividade econômica, sob o regime de direito público, para satisfação de interesses individuais e transindividuais.

No direito pátrio permanece a ideia originária de que as atividades que visem o bem estar da coletividade, mesmo com regimes jurídicos diversos, são caracterizadas como serviços públicos²⁹. Porém, o fundamento da atividade estatal não deve ser relevante para conceituação do serviço público, pois a busca pelo bem comum ou a satisfação das necessidades dos cidadãos é o fim buscado em todas as atividades realizadas pelo Estado, aí incluída a atividade jurisdicional (composição de conflitos), a legislativa (edição de normas pelo Poder Legislativo) e a executiva (atividade administrativa)³⁰.

Na elaboração do conceito de serviço público o que deve ser analisado é o próprio conteúdo da relação jurídica, do qual resulta a sua natureza. Isto é, o aspecto relevante deve ser o regime jurídico que regula as prestações estatais. Para tanto, de acordo com esse pressuposto metodológico, a conceituação e a classificação dos serviços públicos, bem como a diferença deste instituto com outras modalidades de atividades estatais, devem ser realizadas interpretando-se as normas da Constituição Federal de 1988.

É natural que os conceitos tradicionais necessitem de algumas atualizações para se mostrarem operacionais. No direito pátrio, a Constituição é o principal marco para a atual conceituação de serviço público, uma vez que as concepções doutrinárias vigentes devem necessariamente ser obtidas nas regras dispostas no Texto Supremo.

A Constituição de 1988 optou por elencar uma série de prestações estatais, caracterizando-se como garantidora de direitos fundamentais da pessoa humana (arts. 1º, 3º e 5º da CF). Porém, não chegou a ser precisa na utilização da nomenclatura “serviço público”. Assim, a concepção brasileira de serviço público depende de considerar, ou não, todas as obrigações jurídicas extraídas do texto constitucional como serviços públicos.

²⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo moderno**. 14ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326.

²⁹ Como exemplo: atividade delegável e atividade não delegável, ou financiada por taxas e financiada por tarifa.

³⁰ O conceito de Administração Pública possui duas acepções: 1ª subjetiva – na qual “Administração Pública” seria o conjunto de órgãos e entidades estatais ou deles delegados que exercem atividade administrativa; e 2ª objetiva – caracteriza substancialmente a própria atividade administrativa.

Frisa-se que não há um serviço que por natureza ou essência seja público. O que existe são critérios políticos, os quais, de acordo com a concepção do papel do Estado, fixam constitucionalmente o que deve ser considerado serviço público, de forma que qualquer lei infraconstitucional deve ser editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas. Assim, como o conceito de serviço público está sujeito às conveniências políticas e às tendências de ordem social, cultural e econômica, pode-se afirmar que “(...) o problema é uma questão essencialmente política”³¹.

Nesse contexto, de acordo com a sua maior ou menor abrangência, a maioria dos autores entende que os serviços públicos podem ser classificados como de forma ampla ou restrita³². Em sentido amplo, serviço público pode ser considerado toda prestação estatal, assim abrangidos os serviços públicos econômicos (remunerados por tarifa), os serviços *uti universi* (inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis) e os serviços de polícia administrativa (que restringe a esfera de liberdade dos indivíduos)³³. Já em sentido estrito, serviço público refere-se apenas às atividades passíveis de exploração econômica, dotadas de especial relevância social.

Ressata-se que todas as acepções (sentido amplo ou restrito) de serviço público, trazidas pela Constituição, são válidas, mostrando-se apenas mais adequadas ou menos adequadas às finalidades metodológicas perseguidas.

No entendimento de Alexandre Santos de Aragão³⁴, podem extrair da Constituição quatro acepções de serviço público: 1ª) concepção amplíssima – serviços públicos são todas as atividades estatais; 2ª) concepção ampla – serviços públicos são as atividades atribuídas ao Estado que proporcionam comodidades e utilidades aos indivíduos, independente de serem remunerados por taxas, tarifas ou preços públicos, bem como de serem de titularidade do Estado, estando excluída a polícia administrativa, haja vista não prestar utilidade aos indivíduos, mas sim lhes restringir a esfera de liberdade; 3ª) concepção restrita – serviços públicos são as atividades prestacionais que têm um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada, diferenciando da concepção anterior por excluir os serviços *uti universi*, já que insuscetíveis de serem remunerados por seus beneficiários diretos; e 4ª) concepção restritíssima – serviços públicos são os que podem ser financiados por taxa, tarifa ou preço público, de titularidade exclusiva do Estado,

³¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e Prática das Taxas**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 176.

³² As duas acepções do termo serviço público pode ser verificada na obra de Floriano de Azevedo Marques Neto (NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev. 2005, p. 6-17. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010).

³³ Mais adiante explica-se que os serviços sociais (que podem ser prestados pela iniciativa privada sem delegação) não são considerados serviços públicos quando a titularidade não é do Estado (característica essencial).

³⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 144-149.

exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão, portanto, excluídos os serviços sociais (pois aberto à iniciativa privada) e os *uti universi*.

Para o professor de Direito Administrativo em questão, a sua concepção restrita é a mais operacional, por contemplar um conjunto de atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que, apesar de não terem regimes jurídicos idênticos (já que podem ser prestados tanto pelo próprio Estado quanto pela iniciativa privada, mediante delegação ou autorização administrativa de polícia, bem como podem ser gratuitos ou não), possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito (por exemplo; ambos estão sujeitos à legislação consumerista, são específicos e divisíveis e geram direitos subjetivos individuais)³⁵.

Nesse contexto, afirmando ser inferível da Constituição Federal, Alexandre Santos de Aragão adota os seguintes parâmetros para elaborar o conceito de serviço público:

(...) serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com o sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem estar da coletividade.³⁶

Diferentemente do arranjo trazido acima, Carlos Ari Sundfeld³⁷ explica que, como o Estado é criação do direito, são as normas jurídicas que definem suas atividades. Assim, cada ordenamento é livre para definir se determinada atividade é reservada ao Estado ou poderá ser realizada também pelos particulares. Ressaltando que somente poderá ser objeto de exploração privada as atividades econômicas ou as atividades não econômicas quando delegadas.

Para o autor em questão, as atividades do Estado podem ser classificadas em dois grupos: o das *atividades instrumentais* e os das *atividades fins*. Aquelas justificam a existência do Estado, sendo exemplos a cobrança de tributos e a gestão dos recursos financeiros do Poder Público. Já estas são classificáveis em três grupos distintos: a) o das atividades de relacionamento com outros Estados ou com entidades governamentais (que expressa a soberania da sociedade); b) o das atividades de controle social (como a produção de normas legais, a atuação judicial e a aplicação de leis reguladoras do exercício dos direitos dos particulares, ex.: expedição de licenças e imposição de sanções administrativas); e c) o das atividades de gestão administrativa (que criam utilidades em favor da sociedade, como a prestação de serviços públicos).

³⁵ Ibid., p. 157.

³⁶ Ibid., p. 157.

³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 75-84.

Os serviços públicos, classificados pelo doutrinador como atividades de gestão administrativa, são definidos e divididos (entre os entes políticos) pela Constituição, podendo ser desenvolvidos por particulares no regime de concessão ou permissão, uma vez que produzem resultados econômicos. Por fim, Carlos Ari Sundfeld acrescenta que os serviços públicos não são franqueados à atuação dos particulares enquanto tais, mas sempre como substitutos do Estado.

Já Marçal Justen Filho³⁸ afirma que a acepção do termo serviço público não deve abranger todas as atividades do Estado, mas apenas as atividades referidas na Constituição Federal que envolvem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais. Sempre quando a atividade do Estado não se voltar para o atendimento dos direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo).

Nesses termos, o autor traça o conceito de serviço público da seguinte forma:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.³⁹

Em sentido contrário é o pensamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem os serviços são identificados como públicos em virtude de o Poder Público assim os classificar, e não em razão de suas características reputadas como atividades fundamentais para a sociedade. Para o autor, o bem estar da coletividade é consequência da eleição do serviço como público, e não fundamento para sua caracterização. Isso é o que se extrai do seguinte excerto:

É importante que se tenha em vista que o poder público, ao eleger uma atividade à condição de serviço público, acaba por ensejar três ordens de consequências principais: i) permite a introdução de mecanismos de restrição de acesso a quem queira explorar tal atividade (sem que isso implique necessariamente em restrição absoluta); ii) faz incidir sobre prestadores (todos ou pelo menos parte deles) uma forte incidência regulatória e iii) acarreta para o poder público titular desse serviço (aquele cuja esfera corresponde a competência material para explorar, direta ou indiretamente, tal atividade) compromissos perante a sociedade, compromissos estes consistentes em assegurar a existência e a acessibilidade destes a toda a coletividade.⁴⁰

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 487.

³⁹ Ibid., p. 487.

⁴⁰ NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev. 2005, p. 10. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

Tão importante quanto é o pensamento de Fernando Herren Aguilar⁴¹, o qual considera não ser pelo fato de que uma atividade é considerada essencial para a população que ela deve ser eleita como de serviço público. Uma atividade é eleita serviço público para que sua prestação seja condicionada às regras aplicáveis aos serviços públicos, importando na necessidade de o particular obter concessão ou autorização do Estado para exercê-las.

A Professora Dra. Lúcia Valle Figueiredo⁴² conceitua serviço público levando em consideração o regime jurídico aplicado na relação havida entre administração e administrado, verbis:

Serviço Público é toda a atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir, no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente, relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada sob regime prevalente de Direito Público

Em nosso conceito de serviço público agregam-se o critério orgânico, o Estado ou quem esteja no exercício da função administrativa, o critério material – atividade intitulada como pública – e, também, o do regime jurídico (sob regime prevalente de Direito Público, caso a atividade possa ser executada por pessoas privadas, quer sejam empresas estatais, quer concessionários, permissionários ou prestadores de serviços públicos mediante autorização, quando isso for possível.

Como complemento, é importante trazer as palavras do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁴³. Vejamos:

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

Embora os juristas administrativistas entendam que os serviços públicos não podem corresponder a todas as prestações do Estado (conforme exposto acima), verifica-se que para o Direito Tributário a realidade é diversa. Para este ramo do direito, os serviços públicos são todas as prestações de titularidade do Estado,

⁴¹ AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 145.

⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 81.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 652.

delineadas na Constituição Federal e que objetivam suprir utilidades fundamentais dos indivíduos, porém alcançando toda a sociedade. E mais, para qualificação do serviço como público, independe se a atividade do Estado é de interesse econômico ou não. Isto é, serviço público não é incompatível com “atividade econômica”, não havendo dissociação entre estas prestações.

Percebe-se que a noção de serviço público no ordenamento pátrio passou por diversas transformações, capitaneadas pelo processo de privatização de empresas e pela quebra do paradigma monopolista da exploração das atividades desenvolvidas pelo Estado. Tanto é que atualmente o Estado tem a função de viabilizar o adequado atendimento dos interesses da sociedade, para não mais prestar diretamente alguns serviços necessários ao bem estar dos administrados.

Nesse contexto, foi necessária uma reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, mediante o fortalecimento da regulação estatal, com vistas a mediar interesses e tutelar as hipossuficiências sociais.

De acordo com a compreensão estrita de serviço público adotada pela doutrina administrativista, a natureza econômica de determinados serviços, com a possibilidade de gerar lucros, não exclui seu caráter público. Ou seja, os serviços públicos não são desnaturados por ter (alguns) natureza econômica. As únicas consequências desse fato (serviços públicos com natureza econômica) são que o Estado pode delegar para a iniciativa privada (concessionários e permissionários) a exploração da atividade pública, e em regime de competição. Referida delegação carece de forte regulação no setor, a fim de garantir o cumprimento dos pressupostos da outorga, a perenidade e universalidade da prestação do serviço público e a preservação dos bens vinculados à atividade⁴⁴.

Assim, não mais subsistem as ideias de que o exercício de uma atividade considerada serviço público é exclusivo do Estado, bem como que referida atividade deve ser desenvolvida em regime de monopólio. Ao considerar uma atividade como serviço público, não há como afirmar que referida atividade está imune à exploração econômica, ou seja, fora do comércio.

Não obstante o abandono da ideia de ligação entre “serviço público” e “monopólio do Estado”, permanece atual o entendimento de que o serviço público, diante de sua imprescindibilidade, é atividade a ser assegurada pelo Estado, a fim de garantir sua prestação permanente para toda a coletividade.

Ressalta-se que as atividades reputadas como serviço público, sujeitas à exploração econômica, não estão necessariamente vinculadas à livre concorrência do mercado, tendo em vista que algumas delas são organizadas em monopólio natural, em que outros agentes econômicos não disputam o mercado em caráter de competitividade em virtude de impedimentos econômicos, legais, geográficos, etc..

⁴⁴ Ibidem, p. 8.

Em suma, a eleição do que seja serviço público decorre da discricionariedade do legislador em nomear as atividades que reputa de interesse público com vistas à satisfação das conveniências da coletividade. Ao realizar a referida tipificação do serviço como público, o legislador estabelece que a titularidade da prestação correspondente é do Estado, o qual regulará e fiscalizará a execução das atividades desenvolvidas diretamente ou por interpostos (delegatários, concessionários, etc.).

Diante dessas ponderações, fechamos o círculo definindo o serviço público na órbita do direito tributário. E assim temos que para esse ramo referidos serviços são os que: 1) a titularidade da atividade é do Estado; 2) visam o atendimento das necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência dos indivíduos (corresponde a uma necessidade da coletividade); e 3) por ser um meio de realizar fins indisponíveis para a comunidade, as atividades necessárias à sua satisfação direta e imediata são subordinadas ao regime de direito público.

Referências

AGUILAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, 302 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 2.ed. Rio de Janeiro:

BERCOVICI, Gilberto. Concepção Material de Serviço Público e Estado Brasileiro. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 41-59.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. Serviços Públicos e Tributação. TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 239-266.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005, 765 p.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración. Una Nota sobre el Interés General como Concepto Jurídico Indeterminado*. 1.ed. España: Thomson. Civitas, 2000, p. 346.

ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 711 p.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho administrativo*. 5, 6 e 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho administrativo, 2003, v. 4.

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 249-267.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. Coleção Temas de Direito Administrativo, v. 6. São Paulo: Malheiros, 2003, 406 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A Noção de Serviço Público no Direito Europeu**. São Paulo: Dialética, 2003, 255 p.

MACHADO, Hugo de Brito. Serviços Públicos e tributação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 267-297.

MEDAUAR, Odete. Ainda Existe Serviço Público. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 29-39.

_____. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 245 p.

_____. **O direito administrativo moderno**. 14.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 460 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 831 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 1.057 p.

MELO, José Eduardo Soares de. Serviços Públicos e tributação. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 357-400.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Doutrina e Prática das Taxas**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

PEREIRA, Marcelo. **A Escola do Serviço Público**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 11, fevereiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 jul. 2010.

RIBAS, Paulo Henrique. O serviço público como meio de concretização de direitos fundamentais. In: BACELAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (Coord.). TRYBUS, Daiana; RIBAS, Paulo Henrique; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). **Serviços Públicos: Estudos Dirigidos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 65-105.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 189 p.

TORRES, Heleno Taveira. Serviços Públicos Universais e seu Tratamento Tributário. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Serviços Públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 425-493.