



AS ATIVIDADES ECONÔMICAS EXERCIDAS PELO ESTADO SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS?

ARE ECONOMIC ACTIVITIES PERFORMED BY THE STATE PUBLIC SERVICES?

GABRIELA M. H. DE BARROS DONATE

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

ALINE M. H. DE BARROS DETZEL

Doutoranda em a em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. Mestre em Direito Tributário Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

MARCOS ALVES DA SILVA

Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário de Curitiba.

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar o que são serviços públicos e para o que servem. Será analisado o regime jurídico pelo qual os serviços públicos são prestados, bem como a observância do instituto de atividade econômica e qual o seu regime jurídico e se, o Estado ao interferir na atividade econômica está realizando serviços públicos em virtude do interesse público.

Palavras-chave: serviço público; coletividade; regime de direito público; atividade econômica.





ABSTRACT

The presente article have a finally the show what public services are and whats theu are for. It will be analyzed the legal refime by which public services are provided, as well as the observance of the institute of economic activity and what is its legal regime and whether, by interfering in economic activity, the State is performing public services due to the public interest.

Keywords: service public, community, the public law regime instrument, economic activity.

1. INTRODUÇÃO

Analisa-se o que são os serviços públicos e como estes são prestados pelo Estado e qual o regime jurídico que o Estado se submete para a concretização desses direitos fundamentais dos administrados.

A Constituição garantiu aos cidadãos a prestação dos serviços públicos, seja de forma direta ou indireta pelo Estado, ocorrendo neste último caso, uma delegação da titularidade da prestação do serviço público por meio de concessão, autorização e permissão.

Dessa forma, sempre que houver uma prestação de serviço público, pretende-se objetivamente proporcionar bem estar para a sociedade em geral, até porque, a sociedade realiza uma contraprestação para receber esses serviços.

Ainda, será observado os limites constitucionais para a prestação desses serviços públicos, as competências exclusivas e as delegações do Estado para que estes serviços sejam concretizados.

Por fim, analisa-se quais são as situações constitucionais que permitem a atuação do Estado na atividade econômica e qual o regime jurídico dessa atividade e se, quando praticadas pelo Estado, são tidas como serviços públicos.





2. HISTÓRICO NO MUNDO E NO BRASIL

Serviços públicos são atividades desenvolvidas pelo Estado, das quais este considera serem essenciais a toda a coletividade, fazendo com que prevaleça o interesse público sobre o privado. Tais serviços são prestados através do regime de Direito Público, onde o Estado assume para si o dever de executar tais atividades, ainda que sem exclusividade, resguardando os direitos de todos os cidadãos.

Mello (2017, p. 717) conceitua serviços públicos como:

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

Ainda, Meirelles (2010, p. 364-365), “Serviço Público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Também, Di Pietro (2014, p. 141), define serviço público como: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Percebe-se, que os serviços públicos são atividades que possuem como objetivo, através do regime de Direito Público (regime jurídico-administrativo), satisfazer as necessidades da coletividade, prestando serviços de qualidade, impedindo que terceiro, Estado e o prestador do serviço obstaculize a prestação desses serviços públicos.

O Estado cria o Direito Público que regre todo este aparato de serviços públicos, estando por consequência, regido por este direito, sendo o serviço público o limite e o funcionamento do poder estatal, devendo este poder se submeter ao regime de Direito Público (regime jurídico-administrativo) implementado.





2.1 DOS ELEMENTOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Para que um serviço público seja encarado dessa forma, este necessariamente deverá ser composto de dois elementos: o substrato material e o traço formal.

O primeiro elemento, chamado de substrato material, é a prestação de utilidade ou comodidade fruível, oferecida e prestadas aos administrado (Mello, 2017, p. 720-721), como água, luz, gás, telefone, transporte coletivo etc), sendo que este elemento é essencial para suprir as conveniências básicas de uma sociedade, resguardando os direitos fundamentais dos administrados previstos no art. 5º da Constituição Federal.

O segundo elemento essencial para caracterização de um serviço público, é o traço formal, verificado através de uma unidade normativa, que seria justamente o regime de Direito Público, que concede uma noção jurídica a essas prestações.

Mello (2017, 720) descreveu a unidade normativa como a formação de:

princípios e regras caracterizados pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e por restrições especiais, firmados uns e outros em função da defesa de valores especialmente qualificados no sistema normativo.

Dessa maneira, o substrato formal fornece a garantia por meio de regras e princípios de que os serviços públicos deverão ser prestados a coletividade em virtude da sua essencialidade, concedendo caráter jurídico aos serviços públicos.

Os princípios que regem os serviços públicos seriam para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 723) seriam o da continuidade; generalidade (corresponde ao princípio da igualdade); eficiência (atualização constante dos serviços públicos); modicidade (tarifas razoáveis) e o da cortesia.

Para Filho (2018, p. 645-647), os princípios norteadores dos serviços públicos seriam o da (i) continuidade, (ii) igualdade, (iii) universalidade, (iv) neutralidade, (v) a isonomia e as tarifas, (vi) a mutabilidade ou adaptabilidade.

Para Mello (2017, p. 724) os princípios basilares dos serviços públicos seriam o do dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação, seja diretamente ou indiretamente; supremacia do interesse público em favor da coletividade; adaptabilidade





(atualização e modernização dos serviços, dentro da capacidade econômica do Estado); universalidade (serviço é fornecido à todos); impessoalidade (inadmissibilidade na prestação dos serviços públicos de qualquer discriminação entre os usuários); continuidade (impossibilidade de interrupção dos serviços públicos); transparência (prestação de contas sobre tudo o que concerne aos serviços públicos); motivação (dever de fundamentar com clareza todas as decisões relacionadas a serviços públicos); modicidade das tarifas (contraprestação dos usuários, ainda que de forma baixa) e controle (interno e externo sobre as condições pelas quais os serviços públicos são prestados).

Para que um serviço público seja caracterizado como tal é preciso que haja a identificação do substrato formal, regido por regras e princípios, porque somente com o substrato material, não é possível dizer se é ou não um serviço público, devendo, assim, constar os dois elementos a fim de estarmos diante de um serviço público.

Mello (2017, p. 726) categoricamente afirmou nesse sentido que:

Quando houver prestação de utilidade ou comodidade, oferecida pelo Estado e fruível diretamente pelos administrados, haverá serviço governamental, mas não necessariamente serviço público. Este só existirá se o regime de sua prestação for o regime administrativo, ou sejam se a prestação em causa configurar atividade administrativa pública, em uma palavra, atividade prestada sob regime de Direito Público.

Portanto, esses são os elementos necessários para a caracterização dos serviços públicos essenciais dentro do nosso ordenamento jurídico.

2.2 DA TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DA TITULARIDADE DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A titularidade dos serviços públicos e a titularidade da prestação dos serviços públicos são institutos completamente distintos.





O Estado enquanto detentor da titularidade dos serviços públicos, possui o dever concedido pela Constituição Federal, de realizar a prestação desses serviços, quer sejam seus exclusivos ou não.

Essa promoção dos serviços públicos pode ser realizada pelo próprio Estado como este poderá conferir a sua prestação a entidades administrativas (particulares, pessoas de direito público ou da administração indireta), desde que atendido o interesse público.

O Estado terceirizando essa prestação a outras entidades, o fará por meio de autorização, permissão ou concessão.

Ainda, nem todos os serviços públicos são de titularidade exclusiva do Estado, só podendo este conceder a titularidade de prestação de serviços públicos dos quais detenha a titularidade exclusiva.

Mello (2017, p. 727) menciona que o Estado

tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que o desempenhem, isto é, para que o prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal situação. Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos

Portanto, o Estado poder ser titular de determinado serviço público, conforme previsto na Constituição Federal, no entanto, isso não significa, que este detém obrigatoriamente a titularidade exclusiva de prestação dos serviços públicos.

2.3 SERVIÇOS PÚBLICOS E OUTRAS ATIVIDADES ESTATAIS

Serviço não é tudo o que o Estado realiza, mas conforme mencionado, é aquilo que a lei através do regime de Direito Público determina como serviço público, não sendo toda atividade desenvolvida pelo Estado um serviço público.

Neste sentido, Mello (2017, p. 728) menciona que, por exemplo:





a construção de uma estrada, de uma ponte, de um túnel, de um viaduto, de uma escola, de um hospital, ou a pavimentação de uma rua podem aparecer na linguagem corrente, como sendo serviço que o Estado desempenhou. Juridicamente, entretanto, são obras públicas. Assim, também, eventualmente, serão designadas como “serviços”, ou mesmo “serviços públicos”, atividade típicas de “polícia administrativa”.

A diferença para se identificar corretamente uma atividade como serviço público e as demais atividades estatais, é justamente o regime jurídico ao qual faz parte cada atividade. No caso dos serviços públicos, seria justamente o regime de Direito Público.

Nesse sentido, existem diferenças entre serviços públicos e obras públicas, na medida em que a obra pública é uma construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público. (Mello, 2017, p. 728)

Entre serviços públicos e poder de polícia, ocorre uma limitação pelo Estado do exercício da liberdade e da propriedade dos administrados, a fim de compatibilizar essa liberdade com o bem estar da sociedade. (Mello, 2017, p. 729). O Estado fiscaliza a atuação dos particulares para que seja em consonância com as exigências legais.

Em determinados casos, a atuação dos administrados dependerá da prévia outorga da Administração Pública, que poderá conceder licenças, permissões e autorizações, desde que preenchidos todas as exigências da lei e a exigência principal de que a atividade a ser desenvolvida não culminará como risco para o bem estar da sociedade.

Se as atividades desenvolvidas pelos administrados forem em descompasso com a lei, o Estado reprimirá essas atividades e aplicará multas, embargos e interdições, tudo para o bem estar social.

Mello (2017, p. 730) afirma que:

enquanto o serviço público visa a ofertar ao administrado uma utilidade, ampliando, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante prestações feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a restringir, limitar, condicionar, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a contenção dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a atribuição aos administrados de comodidades e utilidades materiais.





Outra diferença importante a ser observada no presente estudo é a entre serviços públicos e exploração estatal de atividade econômica, que são atividades exclusivas dos particulares, mas que em situações excepcionais podem ser realizadas pelo Estado.

Para tanto, o art. 173 da Constituição Federal¹ discrimina quais seriam as exceções:

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.

Ainda, não se pode confundir serviço público como atividade privadas que necessita de prévia autorização de órgãos públicos para poderem funcionar, conforme art. 170 da Constituição Federal :

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

Assim, Mello (2017, p. 731) menciona que

as hipóteses existirão em que, por força de lei, uma dada atividade econômica, isto é, pertinente aos particulares – e não ao Estado -, deva ser precedida de autorização; ou seja, de uma prévia manifestação administrativa, destinada a verificar, no exercício de “polícia administrativa”, se será desempenhada dentro das condições compatíveis com o interesse coletivo. Nem por isso tais atividades, como resulta do preceptivo citado, deixam de se constituir em exploração de atividade econômica, em atividade privada, integrante do reino da iniciativa privada.

Dessa forma, para se encarar um serviço público como sendo serviço público, deve tal atividade estar submetida ao Regime de Direito Público, sob pena de ser considerado como outra atividade do Estado ou até mesmo como uma atividade de

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 173. 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.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.





regime público, amplamente aceita e defendida pela Constituição Federal como iniciativa privada.

3. SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE ECONÔMICA

O art. 175 da Constituição Federal² prevê: “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”.

A própria Carta Magna prevê os serviços públicos que serão prestados pelo Estado ou mediante concessão ou permissão.

Para tanto, o art. 21 da Constituição Federal³, destacou os serviços públicos constitucionalmente reservados à União, dentre estes os de defesa nacional (inc. III); emitir moeda (inc. VII); manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); explorar os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (inc. XI); explorar os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações (inc. XII, alínea “a”); explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII, alínea “b”); explorar a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (inc. XII, alínea “c”); explorar os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inc. XII, alínea “e”); explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII, alínea “f”); organizar e manter os serviços oficiais

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. 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.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 21. 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.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.





de estatística, geografia e cartografia de âmbito nacional (inc. XV); executar os serviços de política marítima, aérea e de fronteira (inc. XXII); explorar os serviços e instalações nucleares (inc. XXIII); organizar, manter e executar a inspeção de trabalho (inc. XXIV) etc.

Neste viés, a Constituição Federal dispõe sobre os serviços públicos, mas não esgota este rol, podendo, caso haja interesse público, um serviço ser considerado público ainda que não previsto neste rol exemplificativo.

Para Mello (2017, p. 733), “A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva”.

Ainda, existem os serviços públicos que são de competência exclusiva dos Estados, Distrito Federal e Municípios como saúde pública e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 23, II), ou propiciar o acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V); promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX).⁴

Dos serviços públicos acima elencados, deve se ter em mente que não são todos que são excluídos da ação dos particulares, tendo os serviços públicos não privativos do Estado que o setor privado poder exercer as suas atividades como os inerentes à seguridade social (art. 194 da CF); educação (art. 205 da CF); desporto (art. 2017 da CF) e os serviços pertinentes ao meio ambiente (art. 225 da CF).

Estes serviços, apesar de não serem privativos do Estado, este possui o dever de realizá-los através do Regime de Direito Público, podendo aos particulares, desempenhá-los de forma lícita, independente de concessão, sendo livres à atividade privada o seu exercício.

Mello (2017, p. 733) afirma que:

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 23. 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. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.





De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade exclusiva, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços públicos, de educação, de previdência social e de assistência social.

De forma mais clara, os serviços são divididos em serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, onde os serviços só são prestados pelo Estado, não podendo ser outorgada a outras entidades concessão, permissão ou autorização, sendo estes o serviço postal e correio aéreo nacional previsto no art. 21, inciso X da CF.⁵

Em serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e a obrigação de conceder, donde o Estado possui a obrigação de prestar alguns serviços mas possui também a obrigação de oferecer concessão, permissão ou autorização, sendo estes os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão), conforme art. 223 da CF.⁶

Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade, donde o Estado os presta devido ao seu dever, mas não pode impedir que a atividade privada exerça, podendo ainda, conceder concessão, autorização ou permissão, sendo estes os serviços de educação, saúde, de previdência social, de assistência sociais e de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

E por fim, serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação mediante concessão ou permissão. Serviços públicos arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, dos quais o Estado pode prestar por si mesmo ou pode transferir competência através de concessão ou permissão.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 21, inciso X. 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.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 223. 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.

Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.





3.1 DA CONCESSÃO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Percebe-se que nem todos os serviços públicos são ou podem ser realizados tão somente pelo Estado, podendo em alguns casos o Poder Público por meio de autorização, concessão ou permissão delegar essa prestação a terceiros.

De forma bem elucidativa, Mello (2017, p. 734) traz uma classificação acerca das imposições constitucionais aos serviços públicos, tendo distinguido as seguintes hipóteses:

serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros; serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade e serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorga-los em concessão ou permissão a terceiros.

As três primeiras hipóteses já foram devidamente tratadas no tópico anterior e, a última hipótese de serviços seria que a de que o Estado não é obrigado a prestar, mas não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão, aqueles previstos no art. 21, XI e XII da CF⁷, onde o Estado pode prestar mas não o fazendo, pode transferir para entidade privada.

O art. 21 da CF discrimina as expressões quando o serviço público é outorgado a terceiros, quais sejam: concessão, permissão ou autorização.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:](#)) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:](#)) b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 de outubro 2019.





No entanto, o art. 175 da CF traz somente as expressões concessão (contrato entre Estado e terceiro) e permissão (ato unilateral do Poder Público).

As hipóteses de autorização previstas nos incisos XI e XII do art. 21, concedem na autorização para uma atividade de cunho privativo e a outra é para a realização de um serviço emergencial, como serviço de telecomunicação, serviços esses que não são serviços públicos mas que são de interesse coletivo, sob a fiscalização do Estado até que possa ser adotado os procedimentos de concessão ou permissão.

Para Figueiredo (2007, p. 81)

Serviço Público é toda 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 prevalecente do Direito Público.

Portanto, os serviços públicos normalmente para serem exercidos por terceiros previsão de uma concessão ou permissão do Estado, concedendo este a autorização para a execução de serviços de interesse privado (poder de polícia) e em situações de emergência para a coletividade, onde se concede uma autorização provisória para o setor privado exercer a atividade até que se tenha uma concessão ou permissão.

4. ATIVIDADES ECONÔMICAS PRESTADAS PELO ESTADO SÃO SERVIÇOS PÚBLICOS?

O Estado de hoje presta serviços públicos, atividades estatais e exerce atividades econômicas, adentrando justamente por último, no campo que estaria reservado ao setor privado.

Falla (1962, p. 145) menciona que o Estado atual vivencia a crise da noção de serviço público como consequência da moderna atividade industrial e econômica do Estado.





Tal crise torna possível a distinção entre serviço público de fato, que possui a intenção de satisfazer a coletividade e o serviço público industrial ou comercial como atividades econômicas do Estado.

Conforme já mencionado, os serviços públicos são regidos pelo Regime de Direito Público, ao passo que as atividades econômicas são regidas pelo Regime Jurídico de Direito Privado.

A problemática no presente estudo se paira justamente sobre esta dúvida.

A questão é saber quando uma atividade realizada pelo Estado ou por pessoa por este designada pode ser considerada como serviço público.

Para Mukai (1984, p. 155)

O conceito de serviço público, por ser um conceito indeterminado, deve ser retirado também da natureza das coisas e não somente da vontade do legislador. Não é porque o legislador tenha outorgado o título de serviço público a uma determinada atividade econômica do Estado, que automaticamente se deva considerá-la como tal. É necessário que se conclua que a atividade em si, pelas suas características próprias e pelo valor que encerra, por natureza, para a sobrevivência da coletividade, possa ser considerada serviço público, para que se lhe possa reconhecer os privilégios; não é a partir dos privilégios que se deve reconhecer serviço público, nem é a *puissance* uma característica imanente do serviço público, mas é pela existência do serviço público potencial que se lhe pode conferir *puissance publique*.

Dessa forma, serviço público é sempre aquela atividade desenvolvida em prol a atender as necessidades da sociedade, sendo essencial e indispensável, em decorrência da vontade do legislador.

Todas as atividades reservadas ao Estado, incluindo as de natureza industrial ou comercial, podem ser tidas como de interesse da coletividade, devendo, portanto, ser consideradas como serviços públicos.

O que eleva uma atividade industrial e comercial a ser um serviço público é o interesse público, a necessidade em prol do bem estar social.

Neste sentido, quando o Estado entende que uma atividade econômica é necessária à coletividade, ao elevá-la através do regime de direito público a transforma





em serviço público, em virtude do seu interesse público, contraria o art. 173 da Constituição Federal, que nada diz sobre serviços públicos:

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.

Em razão desse comando constitucional, uma atividade industrial ou comercial que possui interesse público e que é realizada pelo Estado pode ser considerada como serviço público, de necessidade coletiva?

O Estado, quando da realização de uma atividade econômica pode atribuir em virtude da necessidade coletiva, o seu caráter de interesse público, mesmo que seja uma atividade regida pelo Regime de Direito Privado?

Mukai (1984, p. 155) segue neste sentido:

serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender necessidade essencial, ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da Ordem Pública, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma Ordem (interesse público subjetivo).

Mas se deve ter em mente que, a interferência na atividade econômica privada pelo Estado se dará de forma excepcional, não sendo está interferência serviço público, pois está regido pelo Regime de Direito Privado, tendo Mello (2017, p. 738) afirmado que:

É importante observar que, embora o Estado possa, em certos casos previstos na Constituição, atuar personalizadas na esfera econômica, como protagonista empresarial, as atividades econômicas que, destarte, desempenhe não são qualificáveis como serviços públicos.

Neste sentido, é correto afirmar que os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas e não serviços públicos.





5. CONCLUSÃO

Diante da análise feita através desse estudo, é possível verificar com base na Constituição Federal que o Estado quando pratica atividade econômica o faz dentro das exceções previstas no art. 173 da Constituição Federal, quais sejam: imperativos de segurança nacional ou relevante interesse público.

Conforme exposto, os serviços públicos são prestados a satisfazer as necessidades da coletividade em geral, através do regime de Direito Público, que fornece as regras e princípios que regulam situações e hipóteses que são tidas como serviços públicos.

Já atividade econômica é regida pelo Regime Jurídico de Direito Privado e exercida, conforme art. 173 da Constituição, excepcionalmente pelo Estado, não sendo encaradas como serviços públicos, primeiro por não serem constituídas e regidas pelo regime jurídico desse instituto e segundo por serem constituídas e regidas pelo regime jurídico de Direito Privado, devendo só em situações de segurança nacional ou relevante interesse público o Estado atuar sob pena de violação da iniciativa privada consagrada em nossa Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de maio 2020.

BORGES, Alexandre Walmott et al. A VIOLAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E À LEI ANTITRUSTE NO EXERCÍCIO DISFUNCIONAL DA AÇÃO NA DEFESA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 2, n. 47, p. 335-362, jul. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2038/1317>>. Acesso em: 15 out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i47.2038>.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.





FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del regimen administrativo**. Madri: Instituto de Estudos Políticos, 1962.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo e empresas do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

