

### A Noção de Serviço Público: do *Arrêt Blanco* à ADPF 46

#### SÉRGIO ANTÔNIO FERREIRA VICTOR

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília, Coordenador Adjunto do Programa de Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação desse Instituto e do Centro Universitário de Brasília.

#### FÁBIO LIMA QUINTAS

Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela USP (2013), Mestre em Direito e Estado pela UnB (2005), Professor da Escola de Direito de Brasília do IDP (Brasília/DF), vinculado ao programa de Mestrado.

Submissão: 18.08.2015

Decisão Editorial: 25.10.2015

Comunicação aos Autores: 25.10.2015

**RESUMO:** O artigo trata da configuração da noção de serviço público na vigência da Constituição de 1988. No desenvolvimento desta pesquisa, examinou-se, inicialmente, a noção clássica do serviço público no Direito francês, a partir do julgamento do caso *Blanco* e dos trabalhos doutrinários que se sucederam, no esforço de estruturar uma teoria do serviço público. Em seguida, procedeu-se a uma análise crítica das noções desenvolvidas no Direito brasileiro acerca de serviço público. Conclui-se que a configuração do serviço público deve partir da Constituição, mas exige uma compreensão abrangente sobre o sentido dessa atuação: apenas haverá serviço público quando a atribuição da titularidade de certa atividade econômica ao Estado se fizer em vista da necessidade de manutenção da coesão social. Na parte final do texto, examinamos o julgamento realizado pelo STF na ADPF 46, que tratava do monopólio postal e em que se discutiu a natureza jurídica dessa atividade econômica. Nesse julgamento, no entanto, o Supremo Tribunal Federal não conseguiu indicar parâmetros seguros para a definição constitucionalmente adequada do que seja serviço público na Constituição de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Serviço público; Constituição 1988; ADPF 46; STF; serviço postal.

**ABSTRACT:** This paper focuses on the efforts of the Brazilian legal professionals to build a juridical-operative concept of public service. The paper starts with the examination of the notion of “service public”, developed by French administrative courts from the precedent set in the case “*Arrêt Blanco*”. Then we move on to a critical examination of how the early tentatives of Brazilian jurists tried to mix the French legal concept of “service public” and the Brazilian legal statutes in order to build an operative concept adequate to the country’s context. These early efforts resulted in a vague notion that in order to determine, case by case, what is public service one must take into account the text of the Constitution plus one element of the French doctrine: the cohesive role that the public service must perform in society. In other words, no firm concept has yet been built. Lastly, we examine the Supreme Court decision in the ADPF 46 that dealt with the State monopoly of the postal service.

We conclude that, in that judgement, the Supreme Court failed to build a juridical-operative concept of public service brought out from the Constitutional text. However, the Court did set some useful guidelines that could lead to the building of such concept.

KEYWORDS: Public service; Brazilian Constitution; ADPF 46; Supreme Court; postal service.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O surgimento da noção de serviço público; 2 O critério de serviço público sob a Constituição Brasileira de 1988; 3 A relativização atual dos critérios clássicos conformadores da noção de serviço público na leitura do Supremo Tribunal Federal sobre o serviço postal: uma análise do julgamento da ADPF 46; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de investigar os critérios utilizados por alguns dos principais estudiosos pátrios para a caracterização do que seja serviço público no Brasil, procedendo a uma crítica dessa construção a partir de seus próprios elementos. Para tanto, foram consultadas relevantes produções que discutiram a noção de serviço público delineada pela Constituição brasileira.

Tendo em vista a série de transformações pelas quais a noção de serviço público passou, bem como suas proclamadas crises e superações, anunciadas pela doutrina internacional, sobretudo a francesa, e que repercutiram em trabalhos de autores nacionais, cumpre abordar, ainda que brevemente, a forma como surgiu a noção de serviço público na França do século XIX e mencionar a sua conformação clássica. Nesse sentido, a primeira parte do presente texto buscará relatar como se deu a construção da noção clássica de serviço público e quais foram seus primeiros desdobramentos, principalmente na doutrina francesa tradicional.

Na segunda parte, serão analisados alguns trabalhos escritos por autores brasileiros sobre o tema. Isso possibilitará que se encontre qual a noção de serviço público que se adota, pelo menos majoritariamente, no Brasil e quais os elementos formadores de tal noção. Da mesma forma, serão utilizadas decisões do Supremo Tribunal Federal que exemplifiquem a utilização dessa doutrina pela jurisprudência nacional.

Por fim, segue-se com a tentativa de analisar os elementos que formam a noção predominante de serviço público no Brasil, tomando por base sua relação com a teoria clássica, a possibilidade de que sirvam às funções a eles atribuídas, a relação de coerência que possam manter uns com os outros e com a Constituição do Brasil, na leitura que lhe emprestou o Supremo Tribunal Federal, em especial no julgamento da ADPF 46, bem como com as transformações observadas na realidade da prestação desses serviços com o advento das privatizações, levadas a cabo no Brasil a partir dos anos noventa.

## 1 O SURGIMENTO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Assim como a famosa decisão do *Chief Justice Marshal* que, no caso *Marbury vs. Madison*, fundou as bases do *Judicial Review* no Direito norte-americano, o acórdão do caso *Blanco*, proferido pelo Tribunal de Conflitos francês, em 8 de fevereiro de 1873, é tido como marco inicial da noção de serviço público. Apesar de não haver consenso a respeito, a grande maioria da doutrina partilha tal convicção<sup>1</sup>.

Odete Medauar afirma que decisões anteriores já proclamavam o sentido do serviço público com nitidez e invoca os arestos *Rothschild*, *Carcassone*, *Baudry*, *Dekeister* como precursores do caso *Blanco*. Todos os acórdãos mencionados pela ilustre professora tratam de ações movidas contra o Estado em função de danos advindos dos serviços públicos (perda de carta com ou sem valores e ferimentos causados em cavalo atrelado a charrete que foi derrubada por carro de equipamentos militares), e, ainda segundo a autora, apenas a decisão *Blanco* repercutiu, sobretudo por dois motivos: foi emitida após o Conselho de Estado tornar-se jurisdição independente e não fez menção em suas *consideranda* ao decreto de 26 de setembro de 1793, que atribuía exclusivamente à autoridade administrativa a decisão de pedidos que podiam fazer do Estado um devedor<sup>2</sup>.

O acórdão *Blanco*, conforme asseverado, foi julgado pelo Tribunal de Conflitos francês e teve por objeto decidir a jurisdição competente para julgar uma ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina, resultantes de acidente envolvendo vagões que circulavam nas instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux, atividade comercial desempenhada pelo município<sup>3</sup>. O Tribunal de Conflitos apreciou a questão e remeteu-a para a jurisdição administrativa. O Comissário de governo David, responsável pelas conclusões do acórdão, estabeleceu que a jurisdição administrativa não é uma jurisdição de exceção, mas o juízo natural dos casos administrativos, e, assim, colocou o princípio da autonomia do direito administrativo, que teria regime próprio capaz de afirmar a competência de jurisdição especializada, ao passo que ligou a esse regime o serviço público, criando o critério do serviço público.

Essa afirmação do Poder Público como encarregado por assegurar os serviços públicos, cujo regime seria exorbitante daquele de direito privado, não é algo comum para a época. No século XIX, o Estado, incapaz economicamente de promover investimentos em determinados empreendimentos, como a construção de ferrovias, busca empresas privadas para apoiar a iniciativa, tendo

1 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27.

2 MEDAUAR, Odete. Serviço público. *RDA*, 189, p. 102, jul./set. 1992.

3 JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 23.

início, assim, a espécies de parcerias entre o Estado e o setor privado, fato que, a princípio, não derogaria o regime jurídico privado de regência dessas atividades. Corrobora essa constatação o fato de o *Arrêt Blanco* só ter sido retomado com vigor pelo direito administrativo cerca de trinta anos após proferido<sup>4</sup>.

A partir de então, os arestos *Terrier* (de 06.02.1903, que trata da destruição de víboras, mediante remuneração) e *Thérond* (de 04.03.1910, que cuida de contrato firmado entre a comuna de Montpellier e o Sr. Thérond para que este recolhesse cães errantes e animais mortos, recebendo remuneração por taxa cobrada dos habitantes e pelos despojos dos animais)<sup>5</sup> consolidaram as bases lançadas pelo aresto *Blanco*, distinguindo o serviço público como noção fundamentadora do direito administrativo e como critério de repartição de competências entre as jurisdições administrativa e comum.

O desenvolvimento jurisprudencial da noção de serviço público foi fundamental para a força desse instituto no Direito francês; assim, a doutrina, percebendo que fora atribuída à noção de serviço público a condição de definidora da aplicação do direito administrativo, conferiu ao instituto importância inimaginável. Surge, portanto, a Escola do Serviço Público, conhecida também como Escola Realista ou de Bordeaux, cujos principais teóricos foram Duguit, num primeiro momento, e Jèze.

Duguit, bastante influenciado pelo positivismo sociológico de Durkheim, criticava o critério de atribuição de competência baseado na expressão de uma autoridade e, portanto, era contrário à ideia de *puissance publique* tal como defendida por Hauriou; pretendia desautorizar a concepção de atuação estatal alicerçada na soberania, ou em qualquer outro poder especial e construir uma teoria de legitimação do Estado fundada na noção de serviço público<sup>6</sup>; e deixar estabelecido, de maneira precisa e permanente, que os poderes dos governantes têm como único fundamento suas obrigações e que suas atividades são exercidas apenas em função dos deveres que a disciplina social lhes impõe<sup>7</sup>.

Assim, atento à sua convicção alinhada com a concepção de solidariedade social por divisão do trabalho, Duguit difunde as ideias representativas do pensamento da corrente sociológica (objetiva), a qual capitaneou, segundo a qual serviço público é toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, porque o cumprimento desta atividade é indispensável para a realização e desenvolvimento da interdependência social e porque, ademais, é de tal natureza que não pode ser completamente

4 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

5 MEDAUAR, Odete. Serviço público. *RDA*, 189, p. 105, jul./set. 1992.

6 JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 29.

7 DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2005, p. 65.

assegurada senão mediante intervenção da força governante<sup>8</sup>. Duguit, portanto, hipertrofiou a importância do serviço público ao entender que o Estado não passava de uma cooperação de serviços públicos organizados e que toda a teoria do direito público deveria ser construída sobre essa noção<sup>9</sup>, a qual surgiria como limite da atuação estatal em substituição à própria ideia de separação dos poderes.

Discípulo de Duguit, Gaston Jèze foi quem efetivamente desenvolveu, a partir da noção de serviço público, o sistema de direito administrativo francês<sup>10</sup>. Mais cingido ao positivismo jurídico normativista, afirma que criar um serviço público é decidir que a satisfação de determinada necessidade de interesse geral poderá se dar mediante os procedimentos de direito público<sup>11</sup>. Segundo essa concepção (denominada formal), prevalece a vontade dos poderes públicos, desde que positivada, ou seja, manifestada mediante lei ou regulamento. A corrente subjetiva aceita, portanto, as decisões político-democráticas conformadoras do conteúdo dos serviços públicos em dado tempo e local<sup>12</sup>.

Essa orientação aproxima-se da noção defendida por Hauriou, para quem os serviços públicos, tendo em vista a personalidade do Estado, não podem ser senão instrumentos da autoridade (*puissance publique*) e, portanto, modos da atividade administrativa que se funda nessa mesma autoridade<sup>13</sup>. Hauriou define o direito administrativo como um ramo do direito público que tem por objeto a Administração Pública, isto é, a organização da polícia e dos serviços públicos mediante a qual o Estado satisfaz, de maneira regular e contínua, as necessidades comuns e provê os interesses gerais dos habitantes do país<sup>14</sup>.

Dessa exposição, pode-se verificar que, desde o início da construção da noção, algumas atividades tidas como serviço público pela jurisprudência francesa eram prestadas por particulares em regime de delegação. Ademais, constatou-se ter a doutrina francesa clássica construído a noção em exame a partir dessa mesma construção jurisprudencial, conferindo-lhe, todavia, novos contornos a depender da corrente da qual se cuide: Hauriou (autoridade estatal/subjetiva), para quem a ênfase dá-se relativamente ao ente ou pessoa que rea-

8 DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2005. p. 65.

9 CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. reimp. port. Coimbra: Almedina, p. 217.

10 CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. reimp. port. Coimbra: Almedina, p. 217.

11 JÈZE, Gaston. *Princípios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. p. 103.

12 LE MESTRE, Renan. *Droit du service public*. Paris: Gualino Éditeur, EJA, p. 23.

13 CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. reimp. port. Coimbra: Almedina, p. 218.

14 HAURIUO, Maurice. *Princípios de derecho público y constitucional*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2003. p. 1.

liza o serviço; Duguit (objetiva/material/sociológica), para quem haverá serviço público sempre que se satisfizer necessidade de interesse geral – ênfase na coesão social; e Jèze (formal), para quem serviço público é aquele prestado sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

## 2 O CRITÉRIO DE SERVIÇO PÚBLICO SOB A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Pela representatividade de seus trabalhos sobre a matéria e tendo em mira sua utilidade para o desenvolvimento do presente texto, a análise que segue fundar-se-á, basicamente, no pensamento de Eros Grau sobre a noção de serviço público adequada ao Direito brasileiro, sobretudo sob a égide da Constituição de 1988. Segundo o professor, que confere a Ruy Cirne Lima os créditos pela tese que sustenta, todos os elementos e critérios necessários à identificação de quais atividades, entre aquelas empreendidas pelo Estado, consubstanciam serviço público estão na Constituição<sup>15</sup> e, portanto, afirma ser imprescindível interpretar a Constituição para se chegar à definição do que seja serviço público.

Afirma que a Constituição exige a distinção entre o que seja *atividade econômica* (art. 173)<sup>16</sup> e *serviço público* (art. 175)<sup>17</sup> e, em seu art. 174<sup>18</sup>, dispõe que o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica. Segue demonstrando que a expressão “serviço público” subsume-se à atividade econômica, uma vez que se pode dizer que a prestação de serviços públicos está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de recursos escassos, como bens e serviços, razão por que conclui que *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*<sup>19</sup>.

Continua o ilustre professor, ao aduzir que “*serviço público* é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não exclusivamente, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão”, e conclui, pois, que “o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para

---

15 GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 249.

16 “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.”

17 “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.”

18 “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.”

19 GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 250.

o setor privado”<sup>20</sup>. O autor reconhece, nesse passo, ter usado a expressão *atividade econômica* em dois sentidos: quando aduz que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, atribui a esta a significação de *gênero* do qual aquele é *espécie*; quando afirma que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribui o significado de *espécie*. Conclui, portanto, que o *gênero – atividade econômica* – compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*. E conveniona denominar *atividade econômica em sentido amplo*, o *gênero*, e *atividade econômica em sentido estrito*, a *espécie*<sup>21</sup>.

Feita essa distinção, o autor passa a demonstrar que o art. 173 e seu § 1º cuidam de *atividade econômica no sentido estrito* (atividades próprias do setor privado), ao passo que, no art. 174, está a *atividade econômica em sentido amplo* (Estado atua como agente normativo e regulador), o mesmo ocorrendo no art. 170 (*atividade econômica* tratada como *gênero*), todos da Constituição do Brasil. Passa, pois, a perquirir o que seja *serviço público* dentro da previsão de atuação da *atividade econômica em sentido amplo* e, então, sugere a seguinte divisão: a) *serviços públicos privativos*, cuja titularidade é do Estado, que poderá delegar sua prestação aos particulares (art. 175); b) *serviços públicos não-privativos*, que são atividades que tanto podem ser desenvolvidas pelo Estado (como *serviço público*), quanto pelo setor privado (como modalidade de *atividade econômica em sentido estrito*). Exemplos típicos desses serviços são educação (art. 209) e saúde (art. 199), cujas atividades são livres à iniciativa privada, prescindindo do regime de concessão ou permissão. Por fim, quando desenvolve *atividade econômica em sentido amplo* em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito*; por outro lado, quando a exerce para prestar acatamento ao *interesse social*, o Estado desenvolve *serviço público*. Tudo isso permite que o autor elabore sua noção de *serviço público* como sendo a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)<sup>22</sup>.

20 GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 250.

21 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94-95.

22 GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, p. 252-257 e 266.

Em obra posterior, o autor revisa parte de seu posicionamento. Reconhece que o mesmo serviço não pode ser considerado *serviço público* se realizado pelo Estado e *atividade econômica em sentido estrito* quando desenvolvido pelo setor privado, como nos casos da educação e da saúde, mencionados acima. A partir dessa reconsideração, portanto, Grau afirma que os serviços previstos pelos arts. 209 e 199 da Constituição são serviços públicos, mesmo quando prestados livremente pelo setor privado (*serviço público não-privativo*)<sup>23</sup>.

Note-se que, de fato, a correção empreendida pelo autor em seu próprio raciocínio tem um caráter lógico, porquanto, ao definir sua noção de serviço público, Grau acentua a coesão e interdependência social como fatores caracterizadores do conceito, ou seja, adota uma noção nitidamente material e confessadamente alicerçada em Duguit, de modo que distinguir a natureza de um serviço em função de seu prestador seria absolutamente incoerente com a noção adotada por ele próprio. Ao longo de seu texto, Grau fornece pistas sobre como construiu sua noção de serviço público a partir, segundo afirma, de uma interpretação da Constituição.

Inicialmente, ao tratar de sua classificação das modalidades de *intervenção* (atuação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido estrito*), ou atuação estatal (atuação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*), afirma que de dois valores protegidos em economias capitalistas, propriedade privada dos bens de produção e liberdade de contratar, tem-se que este possui o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades daquele, sendo apenas seu instrumental. Descreve, também, como a atividade ilícita (atividade econômica em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei) de exploração de loteria migrou do campo da ilicitude para o universo dos serviços públicos, porquanto tenha a lei que procedeu a tal alteração atendido a forte e justificável razão de interesse social<sup>24</sup>.

Outro caso interessante refere-se ao julgamento do RE 220.999-7/PE pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. O caso cuidava de serviço de transporte por via fluvial, prestado por empresa estatal federal, que é paralisado em função de programa de desestatização. A ação buscava a reparação de prejuízos a uma empresa privada, sofridos em virtude da referida paralisação. O art. 21, XII, *d*, da Constituição diz que 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”.

23 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 108.

24 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

Conforme assinalado, o serviço examinado pelo Supremo Tribunal Federal transpunha os limites de um Estado. Ocorre que, no entendimento do Ministro Nelson Jobim, acompanhado pela maioria dos integrantes daquela Turma, tal atividade não caracterizava *serviço público* por não proporcionar a coesão e interdependência social, de forma que o Estado não tem o dever de manter o serviço. O voto do Ministro Jobim faz expressa menção à noção de serviço público delineada por Grau e citada acima, além de afirmar que a norma do art. 21 apenas delimita competências, não impondo obrigações de prestação ao Estado.

Comentando esse acórdão do Supremo Tribunal Federal, Grau aduz, ainda, que a atividade examinada reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada e, portanto, não consubstancia serviço público que, segundo afirma, exigiria que a delegação fosse empreendida por meio de concessão ou permissão. Note-se que o Ministro Jobim, quando afirma que a norma do art. 21 cuida de repartição de competências, não corrobora a doutrina esposada por Grau e que serviu como fundamento para a noção de serviço público central para o entendimento que construiu; da mesma forma, o argumento exposto por Grau relativo à necessidade de permissão ou concessão para a prestação de serviços públicos por particulares contraria a sua própria noção de serviço público, que se funda sobre as ideias de coesão e de interdependência social, ao passo que recusa a definição tautológica e formalista de Jèze, centrada no regime jurídico de direito público como caracterizador da existência de um serviço público<sup>25</sup>.

Relativamente à possibilidade de serviços públicos serem prestados por particulares mediante autorização, a doutrina brasileira divide-se<sup>26</sup>, havendo uma série de posições intermédias que consideram que a autorização somente deve ter lugar, por exemplo, na delegação de serviços emergenciais. Contudo, o que se pretende aqui é relacionar a noção de serviço público construída por relevante parcela da doutrina brasileira àquelas trabalhadas pela teoria clássica francesa, mencionada na primeira parte deste texto. Assim, a noção elaborada por Eros Grau afasta, pelo menos parcialmente, a concepção de Hauriou (autoridade estatal), na medida em que compreende os serviços relativos à educação e à saúde, os quais podem ser prestados, em princípio, livremente pela iniciativa privada.

Consoante mencionado acima, o próprio Grau afasta a definição de Jèze por julgá-la excessivamente formalista e até tautológica, de maneira que a sub-

---

25 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e crítica). 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 121.

26 A favor: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, dentre outros; contra: Fernando Herren Aguillar, Eros Roberto Grau.

missão ao regime jurídico de direito público não serve de parâmetro à configuração de um serviço público, e, ao afirmar que se pode encontrar a noção de serviço público a partir de uma interpretação da Constituição, o ilustre professor propõe-se a empreender sua tarefa que, ao final, funda-se, declaradamente, nas ideias de Duguit, cuja concepção material de serviço público, proveniente da escola sociológica francesa que rendeu tributo ao pensamento de Durkheim, apenas considera como tal aqueles serviços que se relacionam proximamente à coesão e à interdependência social (excluindo, assim, de seu âmbito a intervenção estatal feita com fundamento em segurança nacional ou relevante interesse coletivo, para se utilizar a expressão do art. 173 da Constituição).

Os principais doutrinadores nacionais fazem, cada um ao seu modo, referência ao interesse público, social, geral ou coletivo, como critério para a identificação de serviços públicos, geralmente acompanhado dos outros parâmetros clássicos e balizados pela Constituição<sup>27</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello inclui, em sua conceituação, as três dimensões referidas pelos clássicos autores franceses citados<sup>28</sup>. Maria Sylvania Zanella de Pietro também insere todos os elementos dos autores clássicos citados, apenas ressaltando que o regime jurídico de regência do serviço público pode ser total ou parcialmente público<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Grotti<sup>30</sup>, ao analisar as modificações efetivadas nos serviços de telecomunicações a partir da EC 8, de 1995, afirma, entre outras coisas, que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) prevê a possibilidade de estes serviços serem prestados mediante os regimes público e privado (art. 63), submetidos a distintos níveis de regulação. A lei prevê que o serviço coletivo pode ser prestado exclusivamente sob o regime de direito público, ou da mesma forma sob o regime de direito privado e, ainda, concomitantemente nos regimes público e privado (art. 65): esse novo marco legal estabeleceu que certos serviços de telecomunicação não exigiriam concessão/

---

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 128-163. Este autor menciona os diversos critérios que fornecem subsídios à elaboração das variadas noções de serviço público. O conceito que ele mesmo propõe e que julga ser um conceito restrito (sua classificação compreende, ainda, os conceitos amplo e restritíssimo) é a seguinte: “Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade”. Notes-se que esse conceito aborda todos os pontos referidos pelos três clássicos autores franceses: Hauriou (autoridade estatal), Duguit (interdependência social) e Jèze (regime jurídico de direito público).

28 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 628. Para o renomado autor, “serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lha 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”.

29 DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 98.

30 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 172.

permissão, mas apenas autorização, de modo que certos serviços de telecomunicações podem assumir feição de atividade econômica em sentido estrito, conferindo ao Poder Executivo certa discricionariedade para definir o regime de prestação dos serviços de telecomunicações por decreto<sup>31</sup>.

A respeito dessa realidade, oportuna a observação de Rivero, que, há um bom tempo, afirmava que “as tarefas de interesse público” assumidas na ordem econômica pelas empresas públicas estão, na maior parte dos casos, submetidas ao direito privado<sup>32</sup>. A fuga para o direito privado é notada há algum tempo, por exemplo, no direito alemão<sup>33</sup> e, atualmente, verifica-se, também, que, sobretudo diante do novo Estado Regulador, há uma forte relativização do postulado formalista de Jêze, tendo em vista a convivência dos regimes público e privado.

Até em função do texto constitucional, parece haver certo consenso no sentido de que a noção de serviço público deve estar associada à atuação do Estado na atividade econômica para atender a interesses sociais, que não se confundem com a proteção do interesse coletivo ou com a segurança nacional, que podem até justificar a intervenção do Estado no domínio econômico, mas não sob o pálio do regime de serviço público.

Anote-se, ainda, que certas intervenções estatais não podem ser compreendidas como manifestação do serviço público ou mesmo atividade econômica em sentido estrito porque não se configuram como atividades econômicas na atual conformação constitucional. Não convém, por exemplo, tratar como concessão de serviço público, ou como atividade econômica *strictu sensu*, a delegação dos serviços notarial e de registros (haja vista ter essa atividade uma disciplina toda peculiar de acordo com o art. 236 da CF, não se tratando, portanto, de atuação estatal no âmbito econômico), bem como a outorga de outras funções administrativas como o “exercício do poder de polícia”<sup>34</sup> (que representa a contenção da liberdade do administrado e nunca uma atividade econômica fruível pelo particular), além das atividades jurídicas (que não proporcionam a fruição direta de serviços – no sentido econômico do termo –, mas sim oferecem a segurança e a certeza jurídica de que o Estado se impõe em decorrência da sua soberania).

---

31 ESCOBAR, J. C. Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 28-29.

32 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 493.

33 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado* – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996. p. 122-132.

34 Exemplo: expedição de carteira de motorista, mediante exame, análise de salubridade de produtos industrializados que serão consumidos pela população, vistorias, perícias com o fito de examinar o cabimento da liberação do exercício de atividades privadas, ou com o propósito de fiscalizar-lhes a obediência aos condicionamentos da liberdade e da propriedade. (MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 482-484)

Feitas essas observações, cumpre examinar como a noção de serviço público foi trabalhada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 46, que tratou de examinar o monopólio postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

### **3 A RELATIVIZAÇÃO ATUAL DOS CRITÉRIOS CLÁSSICOS CONFORMADORES DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA LEITURA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O SERVIÇO POSTAL: UMA ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADPF 46**

Em agosto de 2009, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46, que havia se iniciado em 2005. Nesta ADPF, a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED postulou a declaração da não recepção, pela CF/1988, da Lei nº 6.538/1978, que instituiu monopólio das atividades postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Nesse julgamento, veio a prevalecer, por apertada maioria, o entendimento de que a aludida lei foi recepcionada pela Constituição e que o serviço postal constituiria serviço público, em vista do disposto no art. 21, X, da Constituição.

O Relator originário, Ministro Marco Aurélio, propunha o acolhimento da ADPF para declarar a não recepção, pela CF/1988, dos artigos da Lei nº 6.538/1978 que disciplinaram o regime da prestação de serviço postal como monopólio da União, por entender que esses preceitos violavam os princípios da livre iniciativa, da liberdade no exercício de qualquer trabalho, da livre concorrência e do livre exercício de qualquer atividade econômica (CF, arts. 1º, IV; 5º, XIII; 170, *caput*, IV e parágrafo único, respectivamente).

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio esclarece pontos relevantes para o tema dos serviços públicos<sup>35</sup>: a) a forma como determinado serviço será prestado para a sociedade é, de fato, uma escolha política, cuja opção não compete ao Judiciário fazer; b) dessa forma, segundo o Ministro, o serviço postal pode ser entendido como um serviço público não exclusivo, de modo que os particulares sejam chamados para atuar em colaboração com o Estado; c) pode ser tido como atividade econômica em sentido estrito, de tal forma que a atuação privada seja regulada apenas pelas leis do mercado; d) pode ser considerada a dualidade de regimes, com prestação tanto no regime público (pela EBCT) como no regime privado (quando empresas privadas operariam no mercado sujeitas à autorização por parte do Poder Público).

---

35 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 150. Adverte-nos o autor que a narrativa de julgados mostra que se devem evitar absolutizações de afirmações esparsas de ministros do Supremo, que, naturalmente, devem ser sempre consideradas no contexto do caso concreto.

Segue o Ministro aduzindo que a possibilidade de duplo regime quanto à prestação do serviço foi inserida no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 9.472, de 1997, quando se consignou que, no caso das telecomunicações, poderia coexistir o regime público com o privado e afirma que, para afastar essa aparente, porque falsa, dicotomia entre serviço público e atividade econômica é que o constituinte derivado houve por bem retirar o adjetivo “público”, que qualificava o serviço de telecomunicações, quando da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Procede o Ministro à citação de vários exemplos retirados da história do país, que demonstram que a melhor noção de serviço público não se vincula à essência do objeto em si, mas decorre de uma necessidade pontual e historicamente determinada de maior intervenção a ser feita pelo Estado em certa esfera da economia, v.g.: o Departamento Nacional do Café, criado pelo Decreto nº 22.452/1933; o Instituto Nacional do Sal, criado pelo Decreto/Lei nº 2.300/1940; o Instituto Nacional do Pinho, criado pelo Decreto/Lei nº 3.124/1941, entre outros, órgãos cuja instituição manifestava à época a concepção de que tutelavam serviço público e hoje não passariam de evidente demonstração de interferência (indevida) do ente público na atividade privada. O voto corrobora advertência feita por Fernando Herren Aguillar sobre o fato de as correntes definições sobre serviço público remeterem a generalizações que foram ganhando espaço ao longo do tempo, de forma que o intérprete termina por filiar-se a longínquas tradições que são reproduzidas sem a indispensável crítica<sup>36</sup>.

Em conclusão, o Ministro Marco Aurélio considera que a expressão “manter o serviço postal”, contida no inciso X do art. 21 da Constituição, teria adquirido alcance diverso com o passar do tempo, significando, no contexto social presente, não mais monopólio, mas um conjunto de serviços que a União deve garantir e, eventualmente, prestar de forma direta, se inexistente interesse econômico para o desenvolvimento da atividade em certos locais do território brasileiro, mas sem que isso signifique a afetação desse serviço ao regime de serviço público.

No voto do Ministro Eros Grau, relator designado, partiu-se de premissa diversa, no sentido de que, por expressa disposição constitucional, o serviço postal seria necessariamente serviço público. Essa visão, aliás, ficou retratada na ementa do acórdão:

1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal

---

36 AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 117 e ss.

é serviço público. [...] 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [art. 20, X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei nº 509, de 10 de março de 1969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau observou que, “embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de atividade econômica em sentido amplo como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito, há casos nos quais essa identificação pode ser operada com facilidade”, como ocorreria no caso do serviço postal, que seria inequivocamente serviço público por expressa disposição constitucional. Na mesma linha, com suporte em várias obras doutrinárias de direito administrativo, votou o Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Cezar Peluso, a Ministra Ellen Gracie (reportando-se ao julgamento da ADIn 3.080) e a Ministra Cármen Lúcia.

O Ministro Carlos Britto, seguindo a linha de entendimento manifestada pelos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, acabou por criar um critério para definir serviço postal (abrangido pelo regime de direito público), que se restringiria às atividades relacionadas com entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de “correspondência agrupada”, e atividades correlatas, como “fabricação e distribuição de selos”.

Num primeiro momento, alinhando-se à linha preconizada pelo Ministro Eros Grau, o Ministro Gilmar Mendes partiu de outra premissa, a de que haveria certa reserva legal na definição do serviço público. É dizer, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, que “a manutenção do serviço postal [...] é um típico poder-dever institucional que comporta uma disciplina legal”, representada, no caso, pela lei postal. Num segundo momento, o Ministro Gilmar Mendes passou a admitir que se poderia estar diante de um fenômeno de inconstitucionalização: a lei postal, originalmente compatível com a Constituição, passou a com ela ser incompatível em função da evolução econômica e social (citando, por exemplo, o serviço de entrega de jornais). Argumentou, então, que o tema do monopólio postal exigiria hoje “uma completa reinterpretação ou uma reconfiguração pelo legislador daquilo que se entende por manutenção do serviço postal”.

Também seguiu a linha de entendimento do Ministro Carlos Britto o Ministro Ricardo Lewandowski, para defender que está

fora do monopólio estatal a entrega de talões de cheques, de cartão de crédito, de cartões de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas, impressos que constituem uma atividade tipicamente econômica, até porque uma solução em sentido contrário militaria contra a realidade já delineada no mundo globalizado.

Também estariam excluídos do monopólio, para o Ministro Ricardo Lewandowski, os serviços de *courrier* e de entrega de encomendas. Alinhou-se ao entendimento do Ministro Carlos Britto, por fim, o Ministro Celso de Mello.

Desse modo, no resultado final do julgamento, houve cinco votos pela improcedência, quatro votos pela procedência parcial (de uma leitura conforme com a Constituição) e um voto pela procedência total. Após longas discussões para se chegar à forma mais adequada de proclamação do resultado, concluiu-se por entender que a ação fora julgada improcedente, dando (apesar da improcedência) interpretação conforme ao tipo penal fixado no art. 42 da Lei nº 6.538, para determinar que sua aplicação fosse feita em consonância com as atividades postais descritas no art. 9º da mesma lei, deixando fora da proclamação do resultado uma definição sobre a abrangência do privilégio postal assegurado pela Constituição, se alcançaria ou não encomendas, porque esse objeto não estaria contemplado na exclusividade definida pela lei.

Apesar da grande divergência que marcou esse julgamento, é possível extrair bases para avançar no que concerne à fixação do sentido constitucionalmente adequado de serviço público, a partir da abrangência conferida ao privilégio do serviço postal. Isso porque o STF, no bojo da APDF 46, entendeu que a prestação exclusiva pela União da atividade postal a ela conferida pela lei em conformidade com a Constituição limita-se ao conceito de *carta*, *cartão-postal* e *correspondência agrupada*, nos termos do art. 9º da Lei nº 6.538/1978 (apesar de a Corte não ter chegado a explicar o que se entenderia por “carta”).

O art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.538, de 1978, define que “são objetos de correspondência: a) carta; b) cartão-postal; c) impresso; d) cecograma; e) pequena encomenda”, sendo que, entre essas espécies de correspondência, o objeto do aludido monopólio postal se limita, por disposição legal, às cartas, cartões-postais e, ainda, correspondências-agrupadas (art. 9º da Lei nº 6.538, de 1978). Por exclusão, não estariam abrangidos pelo privilégio concedido à ECT as encomendas, as pequenas encomendas e os impressos.

Segundo o art. 47 da lei postal, *carta* compreende todo “objeto de correspondência, com ou sem envoltório, sob a forma de comunicação escrita, de natureza administrativa, social ou comercial, ou qualquer outra, que contenha

informação de interesse específico do destinatário”. Nos termos dos arts. 7º, § 3º, e 47 da Lei nº 6.538, de 1978, *encomenda* deve ser entendida como objeto com ou sem valor mercantil, para encaminhamento por via postal. A *pequena encomenda*, de forma análoga, significa “objeto de correspondência, com ou sem valor mercantil, com peso limitado, remetido sem fins comerciais”. Os conceitos de carta, de encomenda e de pequena encomenda, portanto, são distintos. Não obstante todos constituam serviço postal [*lato sensu*], a carta manifesta uma forma de *comunicação* escrita que contém informação específica do destinatário. A encomenda e a pequena encomenda, de seu turno, não buscam promover *comunicação*, mas sim promover entrega de coisas, a pedido (e no interesse) do destinatário.

Pode-se entender que, à luz do amplo debate que se desenvolveu no Supremo Tribunal Federal para proclamação do resultado, esse entendimento não é apenas uma diretriz interpretativa legal, mas também constitui um fundamento da decisão proferida pelo STF na ADPF 46, na compreensão daquilo que representaria o privilégio postal. A respeito do ponto, o Ministro Carlos Britto pontuou que “a recepção da Lei nº 6.538/1978 pela Carta Magna de 1988 se restringe às atividades relacionadas com entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos”.

O Ministro Cezar Peluso argumentou que o serviço público postal está relacionado à garantia da *comunicabilidade*, julgando a ADPF improcedente por considerar que “os casos em que a lei autoriza o particular a colaborar com a União na prestação dos serviços já estão dispostos na lei”. O Ministro Ricardo Lewandowski (que ficou vencido, na medida em que excluía do monopólio postal todo documento comercial) aduziu que:

Eu, tal como Vossa Excelência – e, tenho impressão, na linha do que assentou o Ministro Carlos Britto –, entendo que estão fora do monopólio estatal a entrega de talões de cheque, de cartão de crédito, de cartões de cobrança, brindes, documentos, amostras trocadas entre empresas, jornais, revistas, impressos que constituem uma atividade tipicamente econômica, até porque uma solução em sentido contrário militaria contra a realidade já delineada no mundo globalizado.

Eu entendo, também, que estão excluídas desse monopólio as entregas de encomendas, os serviços de *courrier*, mesmo porque já convivem com o correio estatal, não só no Brasil como no exterior, há muitos anos, com êxito, empregando centenas de milhares de pessoas.

Essa leitura do STF busca fazer convergir uma interpretação adequada que leve em consideração o regime constitucional vigente na regulação da atividade econômica, a necessidade de conciliar um conteúdo mínimo para o serviço público postal, com a reserva legal e a autonomia conferida ao legislado,

bem como com o regime da Lei nº 6.538, de 1978, concebida num momento em que havia forte intervenção do Estado na economia.

Essa complexa conformação tem orientado a leitura dos Tribunais. Há entendimento jurisprudencial no sentido de que, “se os objetos transportados não estão incluídos no conceito de carta, previsto na legislação específica, não estão sujeitos ao monopólio postal da União” (TRF 4ª R., Ap-Reex 2006.72.01.002338-8, 4ª T., Rel. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, DE 15.05.2012).

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região consignou que

[o] STF, no julgamento da ADPF 46, após fazer a distinção entre o regime de privilégio a que se reveste a prestação de serviços públicos do regime de monopólio, decidiu que a prestação de serviços públicos se desenvolve sob privilégios, entre os quais está o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo, afirmando, na mesma decisão, que a prestação do serviço postal por empresa privada só seria possível se a CF estabelecesse que esse serviço fosse livre à iniciativa privada, como assim o fez em relação à educação e à saúde. A mesma decisão deixou patente, contudo, que os serviços de entrega de encomendas e impressos estão excluídos do conceito de serviço postal. (Processo nº 20068100003384203, EI-AC 432447/03/CE, Pleno, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, J. 29.08.2012, DJe 12.09.2012)

Todavia, a disputa sobre a conceituação do serviço público, mesmo no âmbito do serviço postal, está longe de ter se encerrado e ainda constitui uma relevante discussão, dado que o regime jurídico dos serviços públicos, de um lado, marca o protagonismo do Estado no desenvolvimento de determinada atividade econômica, e, de outro lado, impõe a esse mesmo Estado um pesado ônus (como indicam os princípios da obrigatoriedade de o Estado prestar o serviço público, da universalidade e da continuidade), de prestar, diretamente ou não, serviço adequado, entendido como aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (§ 1º do art. 6º da Lei nº 8.987, de 1995).

## CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou proceder a uma leitura da doutrina mais tradicional do direito administrativo brasileiro no tocante à questão relativa à configuração da noção do serviço público sob o texto da Constituição de 1988. Para que se pudesse compreender e analisar criticamente tal elaboração doutrinária, reputou-se imprescindível estudar as mais elementares ideias que conformaram a noção clássica do serviço público no direito francês, a partir do julgamento do caso *Blanco*.

Feito isso, procedeu-se a uma análise crítica das noções brasileiras de serviço público, tendo em vista o texto constitucional brasileiro. Conclui-se, a partir desse estudo, que a configuração do serviço público deve partir da Constituição, mas exige uma compreensão abrangente sobre o sentido dessa atuação: apenas haverá serviço público quando a atribuição da titularidade de certa atividade econômica ao Estado se fizer em vista da necessidade de manutenção da coesão social. Não por outro motivo, constatamos que pode coexistir, ou se suceder ao longo do tempo, uma mesma atividade econômica sendo regulada no regime de direito público do serviço público ou no regime de privado da atividade econômica em sentido estrito, a depender da natureza da atividade econômica que exigiu e justificou a atuação do Estado.

Na segunda parte do texto, examinamos o julgamento realizado pelo STF na ADPF 46, que tratava do monopólio postal e em que se discutiu a natureza jurídica dessa atividade econômica. Nesse julgamento, no entanto, o Supremo Tribunal Federal não conseguiu indicar parâmetros seguros para a definição constitucionalmente adequada do que seja serviço público na Constituição de 1988, apesar de fixar diretrizes relevantes sobre a necessidade de conjugar o regime constitucional de intervenção do Estado no domínio econômico, com a existência de um serviço público postal por definição constitucional, com a liberdade de conformação do legislador, bem como da interpretação constitucionalmente adequada da legislação pré-constitucional, consubstanciada, no caso, pela Lei nº 6.538, de 1978.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. 2. reimp. port. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

- DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2005.
- ESCOBAR, J. C. Mariense. *O novo direito de telecomunicações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado – Contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. *Curso de derecho administrativo* V. I. 12. ed. reimp. Madrid: Civitas Ediciones, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). 1. ed. 2. tir. *Direito constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Editorial Comares, S. L., 2003.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, a. 96, v. 859, maio 2007.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.
- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LE MESTRE, Renan. *Droit du service public*. Paris: Gualino Éditeur, EJA, 2003.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2005.
- MEDAUAR, Odete. Serviço público. *RDA* 189, jul./set. 1992.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 46, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Eros Grau, J. 05.08.2009, DJe 26.02.2010.
- \_\_\_\_\_. RE 220.999-7/PE, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/o Ac. Min. Nelson Jobim, J. 25.04.2000, DJ 24.11.2000.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. Ap-Reex 2006.72.01.002338-8, 4ª T., Rel. Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, DE 15.05.2012.
- TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Processo nº 20068100003384203, EI-AC 432447/03/CE, Pleno, Rel. Des. Fed. Rogério Fialho Moreira, J. 29.08.2012, DJe 12.09.2012.