

ano 17 - n. 68 | abril/junho - 2017
Belo Horizonte | p. 1-278 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i68
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEU FELIPE
BACELLAR

© 2017 Editora Fórum Ltda.

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



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

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

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Remeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro*

Is the taxi a public service? Around concepts and schizophrenia in the Brazilian administrative law

José Guilherme Giacomuzzi**

Centro Universitário Ritter dos Reis (Porto Alegre-RS)
jose.giacomuzzi@ufrgs.br

Recebido/Received: 30.12.2015 / December 30th, 2015

Aprovado/Approved: 01.04.2016 / April 01st, 2016

Resumo: Por meio do método histórico-comparativo, este artigo investiga as origens dos institutos francês do *service public* e americano da *public utility* para responder à pergunta sobre ser o serviço de táxi um serviço público no direito brasileiro. Para isso, o artigo enfatiza a importância dos conceitos na interpretação jurídica e depois escrutina decisões judiciais sobre o assunto e analisa as muitas confusões conceituais existentes.

Palavras-chave: Serviço público. Serviço de utilidade pública. Conceitos. Direito comparado. Táxi.

Abstract: By using a comparative, historical method, this article investigates the origins of the French service public and the American public utility to answer to the question about whether taxi service is a public service under Brazilian law. For that, the article emphasizes the importance of concepts in legal

Como citar este artigo/How to cite this article: GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i68.809.

* Agradeço a Fernanda Lermen Bohn pelas sugestões de redação, e a Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues pelos ensinamentos que recebo há muito e pelas críticas construtivas e sugestões de acréscimo ao conteúdo deste texto, quase todas acatadas aqui. Nenhum deles é responsável pelas deficiências que remanescem no artigo. A Luiz Gustavo Kaercher Loureiro agradeço o empréstimo de livros indispensáveis à construção do trabalho.

** Professor Adjunto de Direito Administrativo na UFRGS e Professor do Mestrado em Direitos Humanos do UniRitter (Porto Alegre-RS). Doutor em Direito pela George Washington University Law School (Washington-D.C., Estados Unidos da América) (2007). Master of Laws também pela GWU Law School (Washington-D.C., Estados Unidos da América) (2004). Mestre em Direito pela UFRGS (Porto Alegre-RS) (2000). *E-mail:* <jose.giacomuzzi@ufrgs.br>.

interpretation and scrutinizes some judicial opinions about the topic and analyses the many conceptual confusions there found.

Keywords: Service public. Public utility. Concepts. Comparative law. Taxi.

Sumário: **1** Introdução – **2** Sobre conceitos jurídicos – **3** O direito brasileiro: a confusão conceitual na jurisprudência e a doutrina – **4** França – **5** Estados Unidos da América – **6** De volta ao Brasil: explicando a esquizofrenia brasileira – **7** Conclusão – Referências

Há serviços públicos e serviços públicos.

(Voto do Min. Carlos Velloso, STF, 2ª Turma, RE nº 262.651, j. 16.11.2004)

Não há dogmática sem história [...], porque os conceitos e instituições não nascem num vácuo puro e intemporal, mas em lugar e data conhecidos e em consequência de processos históricos que arrasam uma carga quiçá invisível, mas condicionante.

(Francisco Tomás y Valiente, 1995)

1 Introdução

O tempo da história ainda não transcorreu para que os brasileiros consigam, com serenidade e distanciamento, avaliar o real significado das manifestações de rua que eclodiram no Brasil em meados de 2013. O estopim do movimento parece ter sido o preço das passagens do serviço público de transportes coletivos cobrado Brasil afora, supostamente excessivo se considerada a qualidade do serviço em geral prestado.¹

O transporte coletivo, contudo, é apenas uma das engrenagens de um sistema maior, a dita “mobilidade urbana”, que tem marco regulatório novo recente: a Lei nº 12.587, de 3.1.2012, conhecida por Lei da Mobilidade Urbana (LMU). Parte importante dessa engrenagem é o serviço de “transporte público individual”, no qual se enquadra o serviço de táxi.

A LMU classifica (art. 3º, §2º) e define (art. 4º) as várias modalidades de serviços de transporte urbano. O “transporte público individual” é definido pelo inc. VIII do art. 4º como “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas”. Sobre esse serviço, interessa o art. 12, que tinha a seguinte redação original:

¹ Alguns historiadores já começam a analisar o que chamam de “jornadas de junho” de 2013. Ver MOTA, Carlos G.; LOPEZ, Adriana. A transição incompleta: ainda o mesmo modelo (2007-2014). In: MOTA, Carlos G.; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2015. p. 997-1060.

Art. 12. Os *serviços públicos* de transporte individual de passageiros, *prestados sob permissão*, deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Grifos nossos)

Entretanto, em 9.10.2013, foi promulgada a Lei nº 12.865,² a qual alterou o texto do mencionado art. 12,³ que passou a ser o seguinte:

Art. 12. Os *serviços de utilidade pública* de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas. (Grifos nossos)

Sob o ponto de vista do direito positivo, a alteração estabelecida pela Lei nº 12.865/2013 foi dupla: (i) a qualificação do serviço de táxi passou de “serviço público” para “serviço de utilidade pública”, e (ii) foi suprimida a expressão “prestados sob permissão”. Que espécie de alteração é essa? Em que contexto normativo ela se insere?

A alteração é *conceitual* e insere-se no âmbito da dicotomia, prevista pela Constituição Federal de 1988, “serviço público” (art. 175 da CF/88) *versus* “atividade econômica em sentido estrito” (art. 170, parágrafo único, e art. 173 da CF/88). Embora seja cada vez mais e não por acaso posta em xeque por parte da doutrina especializada,⁴ essa dicotomia é ainda prestigiada pelo Supremo Tribunal Federal

² A Lei nº 12.587/2013 é fruto de conversão da Medida Provisória nº 615, de 17.5.2013, a qual não continha nenhuma palavra sobre transporte de passageiros. Aliás, a MP nº 615 tratava originariamente de temas tão desconexos – de subvenções econômicas a produtores de cana-de-açúcar e etanol da Região Nordeste até a atribuição de competências ao Banco Central do Brasil – que daria material a um anedotário legislativo bastante ilustrativo da recente produção normativa nacional. A MP nº 615 contaminou a Lei nº 12.587, a qual passou a tratar não somente de outros temas não contidos na MP (como a composição do Conselho Nacional de Trânsito, por exemplo), como também anunciou na epígrafe que trataria de temas que simplesmente não constam na redação final do texto da lei que terminou publicada (por exemplo, “a transferência, no caso de falecimento, do direito de utilização privada de área pública por equipamentos urbanos do tipo quiosque, *trailer*, feira e banca de venda de jornais e de revistas” [grifos do original]).

Assim, é (mais) um mistério brasileiro saber como a Lei nº 12.587/2013 acabou por ter a redação que tem. Não quero aqui desvendar nenhum mistério, embora pense que o tema é promissor e deveria ser objeto de estudos de sociologia do direito e política legislativa. Pretendo tão somente lançar alguma luz sobre o tema do transporte de táxi, que me parece ser um bom exemplo daquilo que chamei provocativamente no título de esquizofrenia do direito administrativo brasileiro.

³ A mesma Lei nº 12.865/2013 acresceu ao art. 12 outros dispositivos: o art. 12-A e mais três parágrafos. O art. 12-A tem a seguinte redação: “O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local”. Na categoria “transportes”, o serviço de táxi é um serviço de “transporte público individual”.

⁴ Parte da doutrina brasileira tem criticado a utilidade do conceito de serviço público e inclusive pugnado pelo seu abandono, o que acarretaria a morte da dicotomia. O trabalho mais elaborado neste sentido é a tese de SCHIRATO, Vitor. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Sustentando a perda de

(STF)⁵ e pela maioria da doutrina.⁶ Como entendo que o jurista deve analisar o direito que é, e não o direito que deve ser ou o que o jurista gostaria que fosse,⁷ o presente estudo pressupõe que a dicotomia é norma constitucional.

Se aceitas essas premissas, e desde que aceitemos que “serviço público” e “serviço de utilidade pública” não são sinônimos,⁸ a resposta à pergunta do título poderia ser simples: dada a redação legal originária da LMU, o serviço de táxi foi por um período “serviço público”, a ser “prestado sob permissão”, i.e., foi serviço do Estado, prestado por particulares em colaboração,⁹ mas hoje, dado o texto atual da LMU, o serviço de táxi, porque qualificado como “serviço de utilidade pública” e suprimida a exigência da “permissão”, passou a ser atividade econômica em sentido estrito, exercida por particulares, e não pelo Estado, o qual pode até regulamentá-la de forma mais incisiva, em razão do evidente interesse público do serviço. Em suma: hoje, o serviço de táxi não é serviço público.

Sustentando essa mesma conclusão – já antes da LMU – estaria boa parte da doutrina brasileira especializada, que há algum tempo defende que o serviço de táxi não é serviço público, e sim atividade econômica em sentido estrito.¹⁰ Um administrativista certamente insuspeito de ser tachado de “liberal” um dia vociferou: “Ninguém imaginaria mesmo que os motoristas de táxi fossem concessionários ou permissionários de serviço público”.¹¹

utilidade da dicotomia, ver também MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 98 e ss. v. 4 – Funções administrativas do Estado.

⁵ Recentemente, a importância da dicotomia está refletida na ADPF nº 46, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, j. 5.5.2009. Para acórdãos mais recentes do Pleno do STF, ver RE nº 773.992, rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.10.2014; Repercussão Geral no RE com Agravo nº 643.686-BA, rel. Min. Dias Toffoli, j. 11.4.2013.

⁶ A visão ainda dominante é proposta por Eros Grau: “atividade econômica em sentido amplo” é o gênero, do qual são espécies o “serviço público” e a “atividade econômica em sentido estrito”. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99-114. Concordando com ela, ver, p. ex., AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, *passim*, especialmente p. 360 e ss. SILVA, Almiro do Couto e. Atividade econômica e serviço público. In: SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 227-241.

⁷ Ver, no mesmo sentido, AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 382.

⁸ Ver item 6 abaixo.

⁹ Sobre serviço público autorizado, ver nota 43 e texto correspondente.

¹⁰ Desde antes da LMU, esta é a posição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviços públicos e serviço de utilidade pública – Caracterização dos serviços de táxi – Ausência de precariedade na titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 211-27. O trabalho mais recente que conheço é a tese de concurso para Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ, apresentada em novembro de 2015 por BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2015. p. 225. No mesmo sentido, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 184-8; 466-9; 690-5; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 475. Contra, sustentando que táxi é serviço público, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Estado contra o mercado: Uber e o consumidor. *Migalhas*, 11 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041-Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviços públicos e serviço de utilidade pública – Caracterização dos serviços de táxi – Ausência de precariedade na titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 218.

Essa certeza, contudo, não é compartilhada por vários tribunais brasileiros, conforme veremos no item 3 abaixo: há vários julgados, até mesmo no STF, que, para além de refletir vasta confusão conceitual, apontam para a existência de entendimento contrário, i.e., de que táxi é sim serviço público. Algumas dessas decisões são inclusive posteriores à acima referida alteração da LMU, i.e., essas decisões classificam o serviço de táxi como “serviço público” a despeito de a LMU expressamente conceituar o serviço de táxi como “serviço de utilidade pública”. Por isso, (i) dada a falta de sintonia entre lei, doutrina e jurisprudência na *qualificação jurídica* do serviço de táxi, e (ii) se aceita como correta a premissa de que um tratamento jurídico coerente contribui não somente para a previsibilidade e para a segurança jurídica, mas também e principalmente para a proteção de direitos fundamentais tanto de quem presta o serviço (taxistas) quanto de quem o utiliza (cidadão), então parece útil perscrutar a questão posta no título.

Como a questão tem muitos ângulos, delimito o campo de análise: aqui não tratarei (i) do problema de o legislador federal ter ou não, via LMU, invadido a esfera de competência do legislador municipal e tratado o tema como de “interesse local” (art. 30, I, CF/88) ao classificar o serviço de táxi como “serviço público” e depois como “serviço de utilidade pública”; (ii) do correlato problema de o legislador municipal poder ou não classificar o táxi diferentemente do que veio a dispor o legislador federal;¹² (iii) do problema de o ordenamento jurídico autorizar ou não o legislador ordinário a estipular novos serviços públicos que não os já previstos na CF/88.¹³ Todas essas abordagens suscitarão novas questões que, dependendo do rumo tomado na resposta, talvez pudessem responder à pergunta posta no título de forma mais rápida e quem sabe mais segura do que a resposta que aqui será oferecida.

O caminho que escolhi percorrer é mais longo e, espero, mais interessante: mergulho mais fundo na comparação jurídica para compreendermos o que está por trás da alteração conceitual (“serviço público” para “serviço de utilidade pública”).¹⁴

¹² Como se passa, p. ex., no município de Porto Alegre, RS (Lei Municipal nº 11.582, de 21.2.2014), no qual o táxi é qualificado como serviço público, contrariando a LMU (essa lei municipal foi parcialmente julgada inconstitucional pelo TJRS em 1º.12.2015; ver notas 57-8 abaixo e texto correspondente). Há igualmente o problema, diverso e igualmente interessante, de municípios que classificaram o táxi como serviço público antes da LMU; é o caso, p. ex., de Belo Horizonte (Lei Municipal nº 10.066, de 12.1.2011).

¹³ A doutrina majoritária entende que o legislador ordinário pode instituir serviços públicos para além dos casos previstos na CF. Por todos, ver SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015. p. 22. Contra, entendendo que só a CF pode estabelecer serviços públicos: AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 331-9.

¹⁴ A visão do direito administrativo brasileiro aqui pintada não é nada rósea e vai na linha do que já escrevi sobre o ecletismo brasileiro em GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 300 e ss. Para uma visão otimista do “sincretismo” do nosso direito administrativo, ver MARQUES NETO, Flóridio de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015, mormente p. 74-5.

Em certo sentido, portanto, o presente artigo utiliza-se do tema “serviço de táxi” quase como uma cortina de fumaça para tentar melhor compreender a por mim chamada no título de “esquizofrenia do direito administrativo brasileiro”.

O estudo é guiado por duas ideias-força: (i) a imprescindibilidade da dimensão histórica para a dogmática jurídica; e (ii) a importância do direito comparado para a compreensão do direito. A primeira ideia vem refletida na frase, posta na epígrafe, de Tomás y Valiente, historiador do direito espanhol; aquelas palavras, que foram proferidas em setembro de 1995 em Buenos Aires, pouco antes de, aos 63 anos, o autor ser assassinado em Madri em 14.2.1996,¹⁵ deveriam ser gravadas em pórticos das faculdades de direito mundo afora, em substituição a frases como *fiat justitia pereat mundus*.

Sobre a segunda ideia-força, lembro com frequência um artigo, tão iconoclasta e provocativo quanto profundo e interessante, do professor norte-americano William Ewald, que há muito leciona filosofia do direito e direito comparado na Pennsylvannia Law School, publicado em 1995 e intitulado *Comparative jurisprudence (I): what was it like to try a rat?* O artigo, que ocupa 260 páginas, é um estudo sobre as raízes filosóficas do direito privado alemão. A ideia central de Ewald é esta: só compreenderemos um ordenamento jurídico se buscarmos as origens filosófico-culturais do país no qual o ordenamento se insere. A essa investigação William Ewald deu o nome de *comparative jurisprudence*, algo como “teoria do direito em perspectiva comparada”. Dentro das minhas limitações, vou tentar não me afastar do espírito contido nas ideias de Tomás y Valiente e Ewald.

O presente estudo tem a seguinte estrutura: no item 2, ênfase a importância dos conceitos na teoria jurídica e destaque a relevância das classificações para a compreensão e aplicação do direito. No item 3, apresento a confusão conceitual feita por alguns tribunais brasileiros sobre o tema. Nos itens 4 e 5, relembro brevemente algumas controvérsias sobre os conceitos de serviço público na França e ensaio algumas ideias sobre os serviços de utilidade pública nos Estados Unidos da América (EUA), sempre em perspectiva comparada, para tentar melhor compreender o problema brasileiro. No item 6, exploro mais detidamente o problema do vai-e-vem ideológico havido entre nós sobre o tema, tentando melhor esclarecer o que chamei de “esquizofrenia” do direito administrativo brasileiro e vincular todas as partes do trabalho. Segue conclusão no item 7.

¹⁵ Cf. CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*. Madrid: Trotta, 1997. p. 181-2.

2 Sobre conceitos jurídicos

2.1 A importância dos conceitos

Embora a análise conceitual venha recentemente recebendo mais atenção de filósofos, cientistas cognitivos, psicólogos e mesmo teóricos do direito,¹⁶ é fato que a teoria do direito hoje privilegia o aspecto “normativo”, i.e., enfatiza o estudo das regras e princípios,¹⁷ em detrimento dos aspectos conceitual e institucional do fenômeno jurídico. Frequentemente nós juristas esquecemos, porém, que a análise conceitual é decisiva para a resolução de questões jurídicas, e que em muitos casos (especialmente os difíceis) ela pode ser até mais importante que a análise das regras e princípios (aspecto normativo) aplicáveis.¹⁸ Ainda assim, independentemente de prevalecer o aspecto conceitual ou o normativo, a interpretação jurídica passa sempre pela interpolação de ambos, os quais se condicionam e interdependem. Daí que uma resposta à pergunta do título passa pelo escrutínio do conceito de “serviço público” (e pelo conceito de “serviço de utilidade pública”) em conjunto com o estudo das normas jurídicas a ele(s) aplicáveis.

Por outro lado, a alteração tanto de textos normativos quanto de sua interpretação faz com que conceitos jurídicos não tenham significado taxativo para sempre e em todos os lugares.¹⁹ Em palavras simples, conceitos jurídicos podem variar, mesmo dentro do mesmo ordenamento jurídico, em tempos diferentes, bastando para isso que outro conteúdo lhes seja conferido.

Nada disso é novidade, e a alteração de significado vale tanto para conceitos mais abstratos quanto para conceitos mais concretos. Os exemplos são incontáveis: o conceito de “Estado de Direito” é diferente em sistemas jurídicos/culturas diferentes; o conceito de “casamento” era um no Código Civil de 1916 e é outro hoje, tanto por alterações legislativas quanto por mudanças de sentido operadas pelos tribunais; o conceito brasileiro de “empresa pública” pode ser diferente do conceito francês etc. No tema escolhido para este artigo, a frase de Dinorá Grotti serve bem: “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”.²⁰

¹⁶ Cf. a introdução dos editores da obra citada na nota 18 abaixo, p. xi.

¹⁷ Entendo que princípios são regras mais gerais, conforme expus em outro texto. Ver GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os “princípios jurídicos” de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 1, p. 285-320, jan./abr. 2014. Minha inspiração vem de LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003.

¹⁸ Cf. PFORDTEN, Dietmar von der. About concepts in law. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009. p. 17-31. O vocábulo “normativo”, aqui, tem obviamente outro sentido.

¹⁹ Cf. FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009. p. 1-16, especial p. 1.

²⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.

2.2 Razões normativas e ideologia em torno dos conceitos jurídicos

Entre as inúmeras classificações possíveis dos “conceitos”,²¹ uma que aqui interessa é a dos (i) conceitos descritivos (p. ex., via pública, transporte coletivo) e (ii) conceitos normativos (obrigação, validade),²² i.e., conceitos que prescrevem, implícita ou explicitamente, algum comportamento ou direcionam ações. Essa classificação não opera de forma estanque, ou seja, é possível pensar numa espécie de *continuum* na linha descritivo-normativo, havendo conceitos que se situam mais próximo de um dos dois polos. Não parece haver dúvida de que o conceito de “serviço público” tem pouco ou nada de descritivo, situando-se mais próximo ao polo normativo dessa linha conceitual.²³

Por outro lado, o legislador, quando estipula um texto normativo, tem basicamente três possibilidades no que toca aos conceitos: (i) usar conceitos já existentes; (ii) modificar um conceito existente; (iii) inventar novo conceito. Se um conceito é antigo, conhecido de todos e não causa problemas de interpretação (p. ex., o conceito de licença para dirigir), não há razão para alterá-lo ou inventar outro. Novos ou mesmo antigos ramos jurídicos podem, entretanto, adaptar conceitos clássicos e mesmo formar novos (p. ex., conceitos de concessão patrocinada e administrativa da Lei nº 11.079/04, a Lei de Parcerias Público-Privadas).²⁴

Ao fazer uso de conceitos (mesmo os predominantemente descritivos), o legislador sempre age com base em razões normativas, i.e., razões que pretendem prescrever algo. Investigar as razões normativas pelas quais o legislador faz uso de conceitos antigos ou adaptados ou novos pode ser útil para ajudar compreender o conteúdo de um conceito jurídico. Com isso não estou sustentando que as razões normativas necessariamente (i) seguem conceitos jurídicos, nem que (ii) determinam a escolha de conceitos jurídicos ou o conteúdo desses conceitos ou o processo pelos quais eles são definidos. Estou somente sugerindo que o escrutínio das razões normativas que embasam o uso dos conceitos jurídicos pode ajudar na compreensão do conceito e/ou do uso que dele se faz.

²¹ Para uma classificação bastante detalhada de conceitos jurídicos, ver FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009.

²² Cf. PFORDTEN, Dietmar von der. About concepts in law. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009. p. 18-9. Poderíamos incluir aqui, como faz Pfordten, conceitos valorativos (mulher honesta, bons costumes), os quais, porém, não importam ao presente estudo.

²³ Sobre o aspecto normativo de alguns conceitos, a construção de Sundfeld é certa: “A verdade é que os conceitos jurídicos nas áreas dogmáticas – como o conceito de direito administrativo – não servem apenas para a descrição do direito positivo. Sua principal função acaba sendo a de influir na interpretação e na aplicação. São conceitos com funções prescritivas” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 134).

²⁴ Este e os dois próximos parágrafos têm base em KÄHLER, Lorenz. The influence of normative reasons on the formation of legal concepts. In: In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009. p. 83 e ss. O exemplo de licença para dirigir é do autor; os demais são meus.

Uma das razões normativas presentes no manejo de conceitos jurídicos é a *ideologia*. O uso ou exclusão deste ou daquele conceito pode ser determinado por apreço ou repulsa a uma particular ideologia veiculada pelo conceito. E em direito administrativo, poucos conceitos são tão carregados de ideologia quanto o conceito de “serviço público”.²⁵

O conceito de serviço público é, portanto, normativo e ideológico, e opera num sistema jurídico que lhe dá contornos próprios. A alteração legislativa conceitual operada na LMU ao serviço de táxi, qual seja, de “serviço público” a “serviço de utilidade pública”, deve ser interpretada contra esse pano de fundo.

Nos itens 4 e 5, contextualizarei esses conceitos-chave, enfatizando pontos úteis à compreensão do problema. Antes, porém, no item que segue (3), indico a confusão reinante no direito brasileiro acerca dessa temática e de outras que lhe são correlatas.

3 O direito brasileiro: a confusão conceitual na jurisprudência e a doutrina

3.1 A dogmática do serviço público a partir da CF/88 e o serviço de táxi: a ponta do *iceberg*

Como ocorre na maioria dos conceitos jurídicos, o trabalho conceitual é deixado à doutrina.²⁶ Os juristas não podem, insisto, deixar de partir do direito positivo e passar a adotar concepções “essencialistas”,²⁷ que quase sempre revelam preferências subjetivas. E, embora a CF/88 não conceitue o que seja “serviço público” (de resto como nenhuma CF brasileira jamais o fez),²⁸ ela, ao contrário de Constituições de países que influenciaram nosso sistema jusadministrativo e que nada dizem sobre “serviço público” (como França e EUA), fornece alguns parâmetros para o tema genérico do “serviço público”, e mesmo para o problema pontual do transporte de passageiros.

Para responder à pergunta do título, precisamos atentar para pelo menos dois parâmetros postos no texto da CF/88: (i) embora nada seja dito expressamente sobre o serviço de transporte individual de passageiro (como o serviço de táxi), a CF/88

²⁵ Essa afirmação é hoje um lugar-comum. Cf., por exemplo, FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit administratif*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2015. p. 219-20; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2015. p. 457.

²⁶ A primeira obra de referência pós-88 é a tese de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003; desde então outros vários trabalhos específicos surgiram, sendo pouco útil e muito difícil nominá-los todos.

²⁷ No mesmo sentido, cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 333-5.

²⁸ A expressão surgiu na CF de 1934 e consta de todas as demais Constituições. Ver GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 89.

refere-se ao transporte público *coletivo*, dizendo expressamente ser ele um “serviço público”, “essencial” e de competência do município (art. 30, V); (ii) ao adotar a já acima referida dicotomia “serviço público” *versus* “atividade econômica em sentido estrito”, a CF/88 faz uma importante opção político-econômica: de um lado, limita a liberdade dos particulares de acessar o mercado e praticar a atividade, no caso dos serviços públicos (reservados ao Estado, salvo na prestação indireta, art. 175 CF/88), e, de outro lado, limita a atividade estatal de praticar atividade econômica em sentido estrito (reservada aos particulares, podendo o Estado exercê-la, para além dos casos já previstos na CF/88, somente “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, art. 173, CF/88).²⁹

Assim, entre as “atividades econômicas” (em sentido amplo), a CF/88 trata diferentemente as que são prestadas pelo Estado, que são chamadas de “serviços públicos” (art. 175, CF),³⁰ e as que são prestadas pela iniciativa privada (art. 173, CF). Embora a dicotomia esteja hoje sob fortes críticas no Brasil, como já referido,³¹ o fato é que, também como já lembrado, o direito positivo a consagra, com o beneplácito do STF, que – correta ou erradamente, consciente ou inconscientemente, coerentemente ou não, pouco importa – a tem levado em consideração.³²

O jurista não deve subestimar este ponto, crucial para a epistemologia comparada que rege o presente estudo: de certa forma, essa dicotomia normativa da CF/88 reflete a *estrutura epistemológica* “poder de polícia e/versus serviço público”,³³ ainda

²⁹ No mesmo sentido, cf., p. ex., AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 329-31.

³⁰ O serviço público é uma das espécies de “atividade econômica em sentido amplo”; a outra espécie é a “atividade econômica em sentido estrito”. Como a maioria da doutrina brasileira, sigo a proposta de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 99-114. Concordeando com ela, ver SILVA, Almiro do Couto e. Atividade econômica e serviço público. In: SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 227-241.

³¹ Para além das críticas já referidas na nota 4 acima, outra linha crítica poderia ser aberta: os serviços públicos do art. 175 CF/88 poderiam ser vistos apenas como uma das espécies de serviços públicos, os de caráter industrial e comercial, não somente não esgotando a matéria na CF/88, como, mais importante, não sendo o dispositivo mais importante sobre serviços públicos. Sob uma ótica mais “ampla”, talvez se possa sustentar que os “grandes” serviços públicos são obtidos somente via interpretação sistemática da CF/88, conjugando o art. 6º e os dispositivos sobre a ordem social, em que estão alguns serviços detalhadamente regradados, como a saúde, a educação e a assistência social, que não são passíveis de concessão/permmissão, mas sim são gratuitos e universais por disposição constitucional expressa, sem “política tarifária” e sem “direitos do consumidor”, e portanto com um regime jurídico de serviços muito distinto do previsto no parágrafo único do art. 175 CF/88. Esses serviços (não os do art. 175 da CF/88) equivaleriam aos “grandes serviços públicos” dos franceses, por vezes chamados de *services régaliens* ou, mais modernamente, de serviços públicos administrativos (SPA), em oposição aos serviços públicos industriais e comerciais (SPIC). Para ilustrar: um influente comentário às decisões jurisprudenciais francesas exemplifica assim as hipóteses: SPA seriam os serviços de “justiça, polícia, ensino, fisco etc.”; os de SPIC seriam “água, gás eletricidade, transporte etc.” (LACHAUME, Jean-François et al. *Droit administratif. les grandes décisions de la jurisprudence*. 16. ed. Paris: PUF, 2014. p. 341). Devo esta nota inteiramente a Itiberê Rodrigues.

³² Ver notas 4 a 7 acima e texto correspondente.

³³ A doutrina francesa fala das duas grandes “finalidades” ou “objetos” da “ação administrativa”. Ver, p. ex., GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. 21. ed. Paris: L.G.D.J., 2015. p. 325 e ss.; FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit administratif*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2015. p. 217-8.

dominante no direito administrativo francês (e indiretamente, do *État administratif* francês), mas totalmente ausente da estrutura normativa do direito norte-americano.³⁴ Dessa diferença estrutural decorrem consequências jurídicas bastante diversas nos sistemas jurídicos da França e dos EUA; entendê-la é crucial para compreender o argumento central do presente estudo.

Anote-se, por outro lado, que em nenhum momento a CF/88 fala expressamente em “serviço de utilidade pública”.³⁵ No entanto, alguns dispositivos da CF de 1988 permitem deduzir implicitamente as atividades de *utilidade pública*, por exemplo: (i) a autorização para exercício de atividade (ao lado da concessão e da permissão), no art. 21, XI e XII. Tradicionalmente, a “autorização” não é ato de delegação de serviço público pelo poder concedente ao autorizado; essa autorização tem a natureza de ato administrativo de poder de polícia (a autorização significa que o autorizado preencheu os requisitos para poder praticar dada atividade de utilidade pública); (ii) o art. 170, parágrafo único, que refere a autorização como condição para exploração de atividade econômica, e que faz supor uma autorização de polícia; (iii) o art. 174, que menciona expressamente a possibilidade de regulação das atividades econômicas realizadas por privados.³⁶

Temos então, simplificando, o seguinte cenário, extraído do texto constitucional: (i) o serviço público deve ser prestado pelo Poder Público (art. 175, CF/88), e não pelo particular, que só o pode prestar por delegação (concessão ou permissão ou, em alguns casos, autorização). Não há serviço público exercido de forma subsidiária, e a iniciativa privada simplesmente não pode praticar a atividade classificada como serviço público caso não tenha uma delegação pública; obviamente essa limitação à iniciativa privada é crucial para a vida de qualquer pessoa (física ou jurídica) da sociedade como um todo; (ii) o serviço de táxi (transporte individual de passageiros) não está regulado na CF/88, que se limita a classificar o serviço de transporte *coletivo* como serviço público. Assim, ao menos pela letra da CF/88, não se pode dizer nem que o serviço de táxi seja serviço público, nem que seja serviço de utilidade pública.

3.2 Algumas decisões judiciais: confusão conceitual e sua suposta origem doutrinária

Vejam algumas decisões judiciais sobre o tema “serviço de táxi”. Por didatismo, começo com a análise das decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça, corte na qual há inúmeros acórdãos sobre o assunto. Embora todas as decisões

³⁴ Ver notas 83-7 abaixo e texto correspondente.

³⁵ Aliás, a única vez em que a CF/88 usa a expressão “utilidade pública” é no art. 5º, XXIV, ao dispor sobre desapropriação.

³⁶ Tomo a lição de texto não publicado de Itiberê Rodrigues, a quem agradeço o compartilhamento do estudo.

sejam anteriores à edição da LMU – i.e., quando nenhum diploma normativo federal classificava o táxi nem como “serviço público”, nem como “serviço de utilidade pública” –, salta aos olhos que, salvo em um (em matéria criminal, no qual se menciona, em *dicta*, que o táxi é serviço de utilidade pública),³⁷ todos os demais julgados do STJ sustentam direta ou indiretamente que o serviço de táxi é sim serviço público.³⁸

A primeira decisão neste sentido parece ter sido tomada pela 1ª Turma em setembro de 2003,³⁹ e a última, também da 1ª Turma, em março 2011.⁴⁰ Destaco brevemente alguns problemas conceituais em ambas. No caso da decisão de 2003, o STJ parece considerar, conscientemente ou não pouco importa, que o serviço de táxi (transporte individual) é equiparável, para fins de classificação, ao serviço de ônibus (transporte coletivo), uma vez que, para sustentar a natureza de serviço público do serviço de táxi, o STJ citou uma decisão de 2001, da mesma Turma,⁴¹ mas que trata de serviço de transporte coletivo rodoviário intermunicipal. Essa equiparação *tout court* ajudou na formação da premissa “táxi é serviço público”.

Já a decisão de 2011 merece transcrição da parte que interessa, colhida da ementa, única em todo o acórdão que aborda o tema:

A delegação de serviço público de transporte por meio do táxi pressupõe a realização de licitação desde a Constituição da República de 1988, em razão de sempre haver limitação do número de delegatários e o manifesto interesse na exploração daquela atividade pelos particulares, seja pela via da permissão, seja pela via da autorização. A propósito, tratando-se de delegações de caráter precário, por natureza, não há falar em direito adquirido à autorização ou à permissão concedidas antes de 5/10/1988. (Grifos nossos)

Se operarmos com o ferramental clássico do direito administrativo,⁴² a argumentação do STJ gera confusão, porque ela sugere que, mesmo depois da CF/88, o (assim qualificado pelo STJ) serviço público de táxi, embora deva ser licitado, pode ser permitido *ou autorizado*. Essa afirmação contraria a letra do art. 175, *caput*, da CF/88 (texto do qual o STJ retira corretamente a obrigatoriedade de licitação),⁴³ a

³⁷ STJ, 5ª Turma. Habeas Corpus nº 177.920/RS. Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.12.2012.

³⁸ Exemplos: STJ, 2ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 21.843/GO. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 28.10.2008 (sugerindo implicitamente que taxi é serviço público); STJ, 2ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 26.273/DF. Rel. Min. Castro Meira, j. 23.9.2008 (dizendo expressamente que táxi é serviço público). Há também decisões em que o STJ simplesmente se refere à natureza de serviço público do táxi somente em *obiter dictum*. Um exemplo: STJ, 2ª Turma. Recurso em Mandado de Segurança nº 34.658/RJ. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 16.8.2012.

³⁹ STJ, 1ª Turma. AgRg no Recurso Ordinário em MS nº 15.688. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 4.9.2003.

⁴⁰ STJ, 1ª Turma. AgRg. no RESP nº 1.115.508/MG. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 22.3.2011.

⁴¹ STJ, 1ª Turma. AgRg. no Agravo de Instrumento nº 310.211/SC. Rel. Min. Francisco Falcão, j. 7.12.2000.

⁴² Ver notas 49 e 50 abaixo e texto correspondente.

⁴³ Ninguém ignora que a própria CF/88 usa a expressão “autorização” ao referir-se a alguns “serviços públicos” (art. 21, XI e XII; e 223), com reflexo em parcela da doutrina, que aceita a possibilidade de que “serviço público” seja autorizado, e não concedido ou permitido. Ver referências em CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466-7. Carvalho Filho é, contudo, expressamente

menos que entendamos que o vocábulo “autorização” na verdade se refere a uma “autorização contratual”,⁴⁴ a qual seria equiparável à permissão contratual precária do art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/95.⁴⁵ Seja como for, a promiscuidade em usar os termos *permissão* e *autorização* não facilita o trabalho do intérprete.⁴⁶

A maioria dos casos julgados pelo STJ são oriundos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), que parece ter entendimento semelhante ao do STJ. O exame da maioria das decisões no TJRJ sugere predominância da posição de que o serviço de táxi é sim serviço público. Para o TJRJ, o instrumento jurídico de outorga é a permissão, que seria precária, discricionária e revogável. Um recente acórdão unânime do TJRJ, de junho de 2015,⁴⁷ merece transcrição parcial:

É controvertida em doutrina se a natureza da autonomia de táxi seria de autorização ou de permissão, *uma vez que incerta a própria natureza do serviço, se atividade privada* (caso em que se sujeitaria à autorização) ou *serviço público* (caso em que haveria permissão). *Porém, adotada qualquer uma das teses, exsurtem como características a discricionariedade e a precariedade.* (Grifos nossos)

É importante observar que a questão principal a ser resolvida no acórdão era se o Poder Público poderia ou não revogar determinada permissão para o serviço de táxi. O TJRJ não diz palavra sobre ser contratual ou não o instrumento de outorga. A estratégia argumentativa do acórdão foi, tão somente, dizer que, independentemente da natureza do serviço de táxi (se público ou se privado), o que interessava era que a atividade administrativa, fosse permitida ou autorizada, seria discricionária e precária, não podendo, por isso, o Poder Judiciário adentrar o exame do mérito administrativo. Essa posição do TJRJ causaria espécie em parte da doutrina, que já indagou: “seria possível, em boa razão, imaginar-se que uma profissão, qual a de motorista autônomo de táxi, é algo precário?”⁴⁸ Para o TJRJ, é sim plenamente possível.

contrário: “Na verdade, não há autorização *para a prestação de serviço público*. Este é objeto de concessão ou de permissão” (*ibidem*, p. 473). Como muitas questões em direito, tudo passa pela abrangência dos conceitos, no caso, os de “serviço público” e “autorização”. Anote-se que entre os “serviços públicos” que pela letra da CF/88 podem ser autorizados não está o transporte individual (ou coletivo) de passageiros.

⁴⁴ Art. 2º, IV: “permissão de serviço público: *a delegação, a título precário, mediante licitação*, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco” (grifos nossos).

⁴⁵ Ao menos se adotarmos a proposta de ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 692-5, que me parece acertada.

⁴⁶ Sobre a imprecisão terminológica, cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviços públicos e serviço de utilidade pública – Caracterização dos serviços de táxi – Ausência de precariedade na titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 215-22. O autor usa o termo “promíscuo” para criticar a nomenclatura dos atos administrativos utilizada pela legislação.

⁴⁷ TJRJ, 2ª C. Cível. Agravo Interno na Apelação Cível nº 0036562-40.2013.8.19.0004. Rel. Des. Claudia Telles, j. 24.6.2015.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviços públicos e serviço de utilidade pública – Caracterização dos serviços de táxi – Ausência de precariedade na titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 222.

À semelhança do que ocorreu com o conceito/termo “autorização” no STJ, a confusão no TJRJ parece gerada pela falta de clareza no uso do termo/conceito “permissão”. Sabemos todos que a doutrina tradicional sempre conceituou a permissão como ato administrativo discricionário e precário.⁴⁹ No entanto, como diz um administrativista clássico, a CF/88 resolveu submeter a permissão, “estranhamente, a um *regime contratual*”,⁵⁰ ao lado da concessão de serviço público. Estranha ou não a opção do legislador constitucional, podemos dizer que temos, hoje, a permissão-ato (discricionária e precária) e a permissão-contrato (também precária, como visto pelo art. 2º, IV, da Lei nº 8.987/95, acima referido). Conforme referido no item 2.2 acima, o legislador, neste caso, resolveu de certa forma modificar um conceito (“permissão”) já existente.

Se é assim, não há, até aqui, qualquer problema na decisão do TJRJ, porque o tribunal fluminense poderia estar se referindo – mesmo sem dizê-lo expressamente –, à permissão-contrato, a qual, estranhamente ou não, é tratada pela própria Lei nº 8.987 como precária. Entretanto, pela fundamentação utilizada no acórdão, parece que o TJRJ cuida mesmo é de permissão-ato, porque, para estabelecer os contornos do instituto da permissão, o TJRJ cita expressamente o conceito do *ato administrativo de permissão* exposto por José dos Santos Carvalho Filho (autor que, aliás, como reconhece o próprio acórdão, entende que o serviço de táxi é serviço privado, não serviço público).⁵¹

Noutro acórdão recente, de março de 2015, o TJRJ reconheceu expressamente tanto a qualidade de serviço público do serviço de táxi quanto a precariedade da permissão,⁵² e o mesmo entendimento parece ter guiado a decisão de acórdão de abril de 2014.⁵³ Entretanto, na decisão monocrática que antecedeu este último acórdão, julgada um mês antes,⁵⁴ a desembargadora citou (em *obiter dictum*) duas decisões aparentemente discrepantes: uma considerando o táxi como “serviço público”,⁵⁵ outra, como “serviço de interesse coletivo”.⁵⁶

⁴⁹ Cf., por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 207-8.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 494.

⁵¹ Ver fls. 2 e 3 do acórdão referido na nota 47 supra. Para o conceito de permissão do autor referido, ver CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 148-9.

⁵² TJRJ. Ag. Inst. nº 0055668-63.2014.8.19.000. Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, j. 17.3.2015. O julgado refere-se três vezes expressamente ao “serviço público” prestado.

⁵³ TJRJ, 3ª C. Cível. Ag. Inst. nº 0004308-89.2014.8.19.0000. Rel. Des. Helda Lima Meirelles, j. 16.4.2014. No mesmo sentido, a decisão monocrática da 13ª C. Cív. Ap. Cível nº 0177512-79.2011.8.19.0001, j. 25.2.2013. Rel. Gilda Maria D. Carrapatoso. Do corpo do acórdão lê-se: “A permissão para a exploração de serviço público [de táxi] tem natureza precária, sendo sua autorização ato unilateral e discricionário da administração”.

⁵⁴ TJRJ. Ag. Inst. nº 0004308-89.2014.8.19.0000. Rel. Des. Helda Lima Meirelles, j. 27.3.2014.

⁵⁵ TJRJ, 14ª Cível. Ag. Inst. nº 0054135-06.2013.8.19.000. Rel. Des. José Carlos Paes, j. 27.11.2013.

⁵⁶ TJRJ, 5ª Cível. Ag. Inst. nº 0048539-41.2013.8.19.0000. Rel. Des. Henrique de A. Figueira, j. 29.10.2013.

A corte que parece mais firme e coerente sobre o assunto é o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), no qual encontramos dezenas de decisões, todas por unanimidade, tomadas tanto antes quanto depois de promulgada a LMU – mesmo depois da alteração do art. 12 pela Lei nº 12.865/2013. Essas decisões em regra julgam inconstitucionais leis municipais gaúchas que dispensam a licitação no caso dos serviços de táxi, o que, segundo o TJRS, não poderia ocorrer porque o serviço de táxi seria serviço público. Para o TJRS, isso é assim independentemente do que “dê a entender [sic]” a nova redação do art. 12 da LMU pela Lei nº 12.865/2013, a qual, segundo o Tribunal gaúcho, “não tem o condão de alterar o entendimento consolidado”. E a autonomia do município, para o TJRS, seria limitada: “Dispositivos legais devem ser interpretados em conformidade com a Constituição, não se admitindo que dispositivos constitucionais sejam interpretados à luz da legislação infraconstitucional”.⁵⁷

Em apertado resumo, o TJRS, em todos os acórdãos, argumenta com o mesmo silogismo: dado que o art. 175 da Constituição Federal (e o art. 163 da Constituição do RS)⁵⁸ obriga à licitação para a prestação de serviços públicos (premissa maior), e sendo o serviço de táxi um serviço público (premissa menor), conclui-se que toda lei municipal que dispensa licitação em serviço de táxi é inconstitucional, independentemente do que diga hoje a LMU.

Por serem bastante reveladoras do que chamo neste subitem de “confusão conceitual”, chamo atenção para duas peculiaridades do mais recente julgado do TJRS, datado de 1º.12.2015, quando a Lei Municipal de Porto Alegre nº 11.582, de 21.2.2014 (posterior, portanto, à LMU), foi julgada, por unanimidade, parcialmente inconstitucional: a primeira peculiaridade é que o TJRS não somente referiu que o serviço de táxi era serviço público, como fizera nas decisões anteriores, mas aduziu que era um serviço público “essencial”, tomando emprestada, de forma reveladora, expressão que a CF/88 reserva somente ao transporte público *coletivo* (art. 30, V, CF/88).

A segunda peculiaridade é que o TJRS invalidou, modulando efeitos para que a decisão tivesse efeitos somente a partir do acórdão, as normas decorrentes do §10 do art. 10 da referida lei municipal, que estipulava serem permitidas as permissões de táxi, por sucessão, a herdeiros legítimos e meeiros, desde que cumpridas algumas condições constantes da mesma lei. Curiosamente, essa transferência invalidada pelo TJRS é expressamente permitida pelos §§1º a 3º do art. 12-A da LMU hoje em

⁵⁷ A mais recente decisão é esta (com citação abundante de outras): TJRS, Órgão Especial do Pleno. Adin nº 70064123342, j. 1º.12.2015. Ver ainda Adins nºs 70063500482, j. 6.7.2015; 70056190937, j. 2.12.2013; 70053834925, j. 19.8.2013; 70048870067, j. 26.11.2012; 70038912663, j. 7.2.2011. Todas essas decisões citam outras tantas.

⁵⁸ Art. 163 CE/RS: “Incumbe ao Estado a prestação de serviços públicos, diretamente ou, através de licitação, sob regime de concessão ou permissão, devendo garantir-lhes a qualidade”.

vigor, o que o TJRS considerou “irrelevante”, aduzindo que “[e]ventual coincidência ou descompasso que possa haver entre as normas infraconstitucionais escapam ao exame a que se propõe” e que “reconhecer que a norma é legal só porque se amolda à previsão da legislação federal levaria ao esvaziamento do controle de constitucionalidade no âmbito estadual”.⁵⁹

Por fim, vejamos o que diz o STF. Na era pós-88, há dois casos emblemáticos: o Ag. Reg. na Petição nº 2.788-4/RJ, julgado pelo Pleno do STF em 24.10.2002, rel. Min. Carlos Velloso, e o do RE nº 359.444-3/RJ,⁶⁰ julgado em 24.3.2004, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio. Ambos foram julgados por maioria, e os acórdãos são relativamente longos, com amplo debate entre os ministros.

No mais recente, de março de 2004, o STF deveria julgar a constitucionalidade da Lei Municipal do Rio de Janeiro nº 3.123/2000, a qual transformava os motoristas de táxi auxiliares em permissionários autônomos. Essa lei fora julgada constitucional pelo TJRJ, e a decisão foi confirmada pelo STF. O pano de fundo da decisão de outubro de 2002 é o mesmo. Em nenhum dos acórdãos a resolução do caso passa pela natureza do serviço de táxi, mas o tema é referido em ambos. O que interessa nesses casos são as considerações feitas em *obiter dicta*: elas (i) referendam todas as confusões conceituais tratadas nos acórdãos do STJ e do TJRJ comentadas supra e, ainda, (ii) contrariam os pressupostos assumidos pelo TJRS.

No acórdão de 2002, parte da discussão travada entre os ministros girou em torno da verdadeira natureza do ato administrativo que outorgava ao taxista o direito de prestar o serviço. Os detalhes aqui não importam, mas vale a transcrição de trechos do debate:

Min. Carlos Velloso (Relator) – Ministro [Jobim], trata-se de permissão, segundo a própria lei. A permissão não prescinde de licitação.

Min. Nelson Jobim – *Não é permissão, isso é autorização.*

Min. Sepúlveda Pertence – Isso é prova de habilitação para ganhar uma licença. Pelo amor de Deus! *Se formos definir permissão, concessão e licença à base do que a lei [...].*

Min. Sepúlveda Pertence – *Qual é a licitação? Qual é a vantagem [de licitar]?*

⁵⁹ Em termos comparados, é ainda digno de nota que, na França, o titular de uma autorização de condução de táxi outorgada antes da Lei nº 2014-1104, de 1º.10.2014, pode apresentar, a título oneroso, um sucessor à autoridade administrativa competente para que seja outorgada a autorização ao sucessor, desde que perfeitas algumas condições. Ver art. 3121-2 do Code des transports, a ser melhor analisado no texto à nota 79 abaixo (CODE des transports. *Legifrance.gouv.fr*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CF9F1F4DF0139C10039F1FA2FAF44D0F.tpdila09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000023083931&cidTexte=LEGITEXT000023086525&dateTexte=20151219>. Acesso em: 19 dez. 2015).

⁶⁰ Analisei o mesmo acórdão, mas sobre o enfoque da dignidade humana, em artigo crítico sobre o tema em GIACOMUZZI, José Guilherme. Dignidade humana e direito administrativo no STF: uma breve análise crítica. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 430-473, maio/ago. 2015, especificamente p. 463-6. Aproveito no presente estudo o relato do caso que fiz naquele artigo.

Min. Nelson Jobim – Não há nenhuma. *Por que fazer licitação?*
Min. Moreira Alves – Ele [taxista] não paga nada ao Poder Público.
Min. Nelson Jobim – Não paga.
Min. Sepúlveda Pertence – Depois não acreditam! (Grifos nossos)

O cenário normativo por trás dessas palavras era este: as normas municipais em discussão chamavam de “permissão” as outorgas para explorar o serviço de táxi, e os “permissionários” podiam cadastrar até dois motoristas auxiliares; no entanto, como empresas passaram a operar o serviço e tiveram a si estendidas as regras de cadastramento, milhares de motoristas auxiliares acabavam trabalhando para os “donos da capelinha”, os permissionários originais, que terminavam “explorando” os auxiliares. O que os ministros discutiam acima era se os “permissionários” originais haviam se submetido a alguma licitação, dado que o *nomem juris* do ato estatal posto na lei era “permissão”.

Seja como for, três ministros referiram-se expressamente ao táxi como “serviço público”.⁶¹ Um dos ministros, Carlos Velloso, relator originário e único vencido no acórdão de 2004, inclusive redigiu voto com ementa, na qual ele expressamente se referiu ao serviço de táxi como “serviço público autorizado”, para o qual disse não ser necessária licitação, mesmo que baseado o serviço no art. 175 da CF/88. Essa mesma tese havia sido já sustentada pelo Min. Velloso no acórdão de 2002, acima referido.

Digna de nota é a concordância implícita de todos de que o serviço *não precisa* ser licitado – contrariando expressamente a decisão do TJRS. A pergunta obrigatória é: como o STF chegou a essa conclusão, aparentemente contraditória com o art. 175 da CF/88? Qual a “fonte”, ou a “autoridade normativa”, utilizada pelo STF para negar a necessidade de licitação na prestação de um serviço público?

A resposta, indireta, vem do Ministro Jobim, apoiada no parecer da Procuradoria da República, o qual cita o clássico *Direito municipal brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, que, no longo capítulo VII, sobre “Serviços e obras municipais”, trata o serviço de táxi como “serviço autorizado”, o qual seria discricionário, precário, unilateral, e no qual seria *dispensada a licitação*.⁶² Para além disso e principalmente, lembro que Hely talvez seja justamente o autor brasileiro que mais confusamente trata o tema “serviço público” e “serviço de utilidade pública”. Vejamos o cerne da confusão conceitual.

⁶¹ Os ministros Ayres Brito e Peluso, vencedores, bem como o único ministro vencido, Carlos Velloso, expressamente trataram o táxi como “serviço público”.

⁶² O parecer cita a 6ª edição, de 1993 (p. 296-7). Essa posição é mantida até hoje. Ver MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: [s.n.], [s.d.], p. 431.

É verdade que Hely diz expressamente que “*serviços públicos e serviços de utilidade pública*, embora tenham em comum sua destinação ao público, conceitualmente não se confundem”. Ocorre que Hely chama os serviços públicos de “serviços públicos propriamente ditos”, conceituando-os como “os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado”. Esses serviços, para Hely, “só a Administração pode prestá-los, sem delegação a terceiros”. Como exemplos, Hely cita “os de defesa nacional, os de polícia, os de justiça e os de preservação à saúde pública”.⁶³

Já os “serviços de utilidade pública”, na classificação de Hely,

são os que o Poder Público, reconhecendo sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os indivíduos componentes da sociedade, presta-os diretamente *ou delega sua prestação a terceiros* (concessionários, permissionários ou autorizatários), mediante condições regulamentadas e sob seu controle, *mas por conta e risco dos prestadores*, a serem remunerados pelos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, os de fornecimento de energia elétrica, água, gás, telefone e outros mais.⁶⁴

Parece claro que Hely chama de “serviços de utilidade pública” o que a maioria chamaria de “serviços públicos” comerciais e industriais.⁶⁵ Para aumentar o grau de confusão, no restante do capítulo Hely por diversas vezes refere-se a serviços públicos e de utilidade pública em paralelo, sem distinção. Se somarmos a isso o fato de Hely provavelmente ser, ainda hoje, o administrativista mais citado pelo STF, talvez possamos melhor compreender as causas da confusão conceitual existente.

Assim, o STF parece ter caído em uma “verdadeira armadilha semântica”, para utilizar a reveladora expressão de Floriano Marques Neto, que acerta o coração do problema ao escrever recentemente que “a discussão em torno do regime jurídico aplicável a determinada atividade é dependente de se considerar que aquela determinada constitui-se ou não serviço público”.⁶⁶

Ocorre que “serviços públicos” e “serviços de utilidade pública” são conceitos carregados de ideologia, que representam duas concepções de Estado e de direito antagônicas,⁶⁷ como passo a lembrar nos itens abaixo. A compreensão do sentido

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: [s.n.], [s.d.]. p. 356. Grifos do original.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: [s.n.], [s.d.]. p. 356-7. Grifos nossos.

⁶⁵ A confusão terminológica também era feita por Bilac Pinto. Da leitura do seu livro de 1941 (*Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941), vemos que ele simplesmente trata pelo nome de “serviços de utilidade pública” aqueles serviços que as Constituições de 1934 e 1937 chamavam de “serviços públicos”.

⁶⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71. v. 4 – Funções administrativas do Estado.

⁶⁷ Em outra obra contrapús, em perspectiva histórica, as concepções norte-americana e francesa de Estado. Ver GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 161-85.

da alteração legislativa operada na LMU passa justamente pela compreensão dessa diferença.

4 França

4.1 A ideia “mitológica” do *service public*

O serviço público seria “ pilar ou muleta do direito administrativo?” Com essa pergunta Norbert Foulquier abre o capítulo sobre serviços públicos no mais recente *Traité de droit administratif* publicado na França.⁶⁸ A metáfora fala por si. Foulquier lembra também que o serviço público é ao mesmo tempo um mito e uma noção central do direito administrativo; ao lado da noção de soberania nacional, o serviço público “forja a legitimidade do Estado a partir do início do século XX”, mormente depois de Léon Duguit, a ponto de tornar-se a “expressão jurídica de uma filosofia republicana”.⁶⁹

Embora saibamos hoje que a “filosofia republicana” francesa se desenvolveu em meio a críticas e desconfianças, também conseguimos concordar que no direito francês existe o que se convencionou chamar de “núcleo duro” das “leis do serviço público”: igualdade, continuidade, mutabilidade. Os manuais franceses fazem referência às tais *lois* ou *principes fondamentaux du service*,⁷⁰ leis essas que no Brasil são também conhecidas por “princípios (diretores) do serviço público”.⁷¹

Por outro lado, é sabido que a doutrina francesa também costuma mencionar e comentar, com maior ou menor ênfase, as ditas “crises” do serviço público. Em realidade, a “crise” nasce com o próprio conceito, o qual jamais foi unanimemente reconhecido como “fundador” ou critério último do direito administrativo. Assim, como refere Foulquier, a noção de *service public* foi desde o seu início atacada no que toca tanto à sua coerência quanto aos seus critérios de identificação, ou mesmo no que diz com a sua utilidade jurídica, econômica, social e política.

Mesmo desde o aresto *Terrier* em 1903, o Conseil d’État jamais deixou de considerar que o direito privado era aplicável a alguns serviços públicos. Na década

⁶⁸ FOULQUIER, Norbert. Le service public. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (Dirs.). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011. p. 46. t. 2.

⁶⁹ FOULQUIER, Norbert. Le service public. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (Dirs.). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011. p. 46. t. 2. A última frase entre aspas Foulquier toma expressamente do livro de GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. *Droit du service public*. Paris: LGDJ, 2007. p. 36.

⁷⁰ Valho-me aqui das mais recentes edições das obras de CHAPUS, René. *Droit administratif*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 603-23. t. 1; FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit administratif*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2015. p. 274-85; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2015. p. 469-74; e WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 386-9.

⁷¹ Por exemplo, DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 146-8; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 363-4. Claro que outras “leis” ou “princípios” podem ser elencados: qualidade, gratuidade (ou justo preço) etc. Não é esse o nosso ponto.

de 1930, o próprio legislador francês conferiu vários serviços públicos a entes privados. Nos anos 1950, o serviço público era visto como um mero “rótulo”. Por fim, no quadro liberal dos anos 1990, novamente a noção de serviço público veio a ser posta em xeque pelos ângulos econômico, jurídico e político. O *service public* foi inclusive taxado de “liberticida”, porque, diz a crítica, sufocaria a liberdade de comércio e de indústria, visão essa que ganhou corpo com a comunidade europeia, nitidamente liberal e contrária à concepção francesa do serviço público.⁷²

Essa última crise interessa-nos mais de perto, dado que a onda liberal de reforma do Estado atingiu até mesmo a França e a sua honrada e mitológica noção de serviço público. Como diz Jacques Chevallier, o impacto do movimento de reforma do Estado sobre a “concepção francesa de serviço público” não pode ser subestimado.⁷³ E por quê? Porque a morte de uma concepção mitológica seria justamente o reconhecimento do fracasso de uma “filosofia republicana” – indiretamente e no limite, seria dar razão à filosofia contrária, a norte-americana.

Numa palavra: quando alguém põe em xeque a noção de “serviço público à francesa”, deve saber que dá um tiro no coração republicano da nação que forjou, por mais de século, os sistemas jurídicos de países desenvolvidos e em desenvolvimento, entre eles o Brasil. Bem diretamente: no plano doméstico, quando o legislador retira da lei a – fortemente ideológica – expressão “serviço público”, como ocorreu com a LMU em relação ao serviço de táxi, ele pode estar querendo operar uma mudança bastante radical.

4.2 O papel do “interesse público” no conceito de *service public*

É lugar-comum que não há um conceito unívoco de serviço público (nem de direito administrativo!) na França.⁷⁴ A dificuldade de conceituar o serviço público fez a doutrina administrativa francesa propor “critérios” para a identificação de uma

⁷² Este parágrafo e o anterior têm base em FOULQUIER, Norbert. Le service public. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (Dirs.). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011. t. 2. p. 51-2. Cada autor pode datar como quiser as “crises”. Na doutrina brasileira, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. cap. VI, apontando duas crises, uma ocorrida em meados do século 20, pós-Primeira Guerra, quando o Estado passa a exercer atividades industriais e comerciais sob o regime privado (e, portanto, sem as prerrogativas públicas), e outra na década de 1980, com a onda neoliberal que varreu o mundo. Já Regis Conrado sistematiza quatro crises: crise no critério orgânico, crise no critério formal, crise da Reforma do Estado e crise da Integração Europeia. Ver CONRADO, Régis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58-65.

⁷³ CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. *Revista do Serviço Público – RSP*, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34-57, set./dez. 1996.

⁷⁴ René Chapus escreve que “o direito administrativo tem a particularidade de estar à procura de uma definição” (CHAPUS, René. *Droit administratif*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. p. 3. t. 1). Jean-François Lachaume afirmou, em estudo intitulado justamente “a definição do direito administrativo”: “não podemos nos surpreender que a definição de direito administrativo seja um pouco misteriosa” (LACHAUME, Jean-François et al. *Droit administratif. les grandes décisions de la jurisprudence*. 16. ed. Paris: PUF, 2014. p. 102).

atividade como *service public*.⁷⁵ Pelo critério *material*, diz-se que, se a atividade é de “interesse público”, então a atividade seria um serviço público.⁷⁶

Entretanto, como lembra Foulquier,⁷⁷ essa aparente evidência encerra a dificuldade de identificar o que seja o interesse público, sendo que o Conselho de Estado tem adotado tanto a concepção “essencialista” de Léon Duguit (as atividades que concorressem para a “solidariedade nacional”) quanto – e principalmente – a concepção “voluntarista” de Gaston Jèze (são serviços públicos as atividades que as autoridades políticas estimam importantes para a sociedade).

Ocorre que a concepção do que seja “interesse geral” flutua: antes da Primeira Guerra, o Conselho de Estado considerava as atividades teatrais como estranhas à ideia de serviço público (aresto *Astruc*, de 7.4.1916), mas o mesmo Conselho mudou de opinião depois da Guerra, quando incitar a população às artes dramáticas passou a ser entendido como complemento da instrução pública (arestos *Sté Les Amis de L’Opérette*, de 19.3.1948; e *Gueusi*, de 27.7.1923).

Essa relatividade do interesse geral, diz Foulquier, traz como consequência a impossibilidade de sustentação da ideia de “interesse público por natureza”, o que não impede, contudo, que o Conselho de Estado por vezes recorra a essa qualificação inteiramente retórica (cf. arestos *Ordre des avocats à la Cour d’appel de Paris*, de 17.12.1997; e *St.e Bioenerg c/ EDF*, de 1º.7.2010).

O certo é que não há, na França, uma fórmula mágica que possibilite identificar – ou minimamente conceituar – o que seja o interesse público. Proteiforme e por demais subjetiva,⁷⁸ a noção de interesse público acaba não podendo ser especificada para além das retóricas afirmações de que o interesse público é o “de todos” ou “geral”.

4.3 E o serviço de táxi na França?

O serviço de táxi é regulamentado no Capítulo I (“Os táxis”) do Título II (“Os transportes públicos particulares”) do Livro I (“Os transportes rodoviários de pessoas”) da Parte III (“Transporte rodoviário”) do Código de Transporte francês.⁷⁹ O Capítulo I tem quatro secções. A Secção 1 (“Definição”) é composta por dois artigos: o art. L3121-1 define táxis como

⁷⁵ Ver MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2015. p. 460-4; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 375-8.

⁷⁶ WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014. p. 376.

⁷⁷ A fonte neste e nos próximos dois parágrafos é FOULQUIER, Norbert. Le service public. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (Dirs.). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011. p. 54 e ss. t. 2.

⁷⁸ Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2015. p. 461.

⁷⁹ O leitor pode conferir toda a normatização *on-line* (CODE des transports. *Legifrance.gouv.fr*. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=CF9F1F4DF0139C10039F1FA2FAF44D0F.tpdila09v_1?idSectionTA=LEGISCTA000023083931&cidTexte=LEGITEXT000023086525&dateTexte=20151219>. Acesso em: 6 ago. 2015).

os veículos automóveis que comportam, além do motorista, até um máximo de oito assentos, munidos de equipamentos especiais e de um terminal de pagamento eletrônico, e cujo proprietário ou explorador é titular de uma *autorização* de condução sobre via pública, no atendimento de uma clientela, a fim de efetivar, à demanda desta e a título oneroso, o transporte particular de pessoas e de suas bagagens. (Grifos nossos)

O artigo seguinte (L3121-1-1) da mesma Secção 1 confere à autoridade administrativa o poder de fixar sinais distintivos comuns aos táxis, notadamente uma cor única. As secções seguintes dispõem sobre a profissão de exploração de táxi (Secção 2), sobre a atividade do condutor de táxi (Secção 3) e sobre a execução do serviço (Secção 4). Em nenhuma dessas secções há qualquer menção a “serviço público”.

Ao contrário: a Secção 2, modificada pela Lei nº 2014-1104, de 1º.10.2014, explicita no art. L3121-2 que as *autorizações* de condução dadas depois dessa data não podem ser cedidas e valem por cinco anos, sendo renováveis dentro de condições fixadas por decreto. Os titulares das autorizações anteriores, diz o mesmo artigo, podem apresentar à Administração um sucessor, a título oneroso, desde que preenchidas determinadas condições que a lei explicita. Os demais artigos (L3121-4 a 8) revelam a preocupação de regulamentar tanto a outorga de novas autorizações quanto a organização das cessões das antigas, mantendo a Administração um controle organizacional e fiscal sobre o serviço. Eis o art. L3121-6: “As disposições do presente capítulo não são obstáculo ao exercício, pela autoridade administrativa competente, dos poderes que ela detém, no interesse da segurança e da comodidade da circulação sobre as vias públicas, em matéria de *autorização* de condução” (grifos nossos).

Por fim, anote-se que a doutrina francesa (que sistematiza e critica as decisões dos tribunais administrativos) não faz qualquer menção ao serviço de táxi como serviço público, hoje ou em tempos passados. Na França, portanto, pátria-mãe do conceito de serviço público, o serviço de táxi não é (nem parece ter sido) considerado como serviço público; é serviço privado autorizado pelo Estado.

5 Estados Unidos da América

5.1 O conceito de *public utilities* no direito norte-americano: um breve olhar comparado

O conceito francês de “serviço público” é totalmente estranho ao direito dos EUA, que opera com a ideia de *public utilities*. Mas também não há um “conceito” de *public utilities* que goze de aceitação geral dos operadores do direito norte-americano. O dicionário jurídico mais utilizado nos EUA traz definição bastante genérica de *public utility*: “Uma empresa que provê serviços necessários ao público, como linhas e

serviços telefônicos, de eletricidade e água”, acrescentando que a maioria das *utilities* “opera como monopólios mas está sujeita à regulação estatal”.⁸⁰ E não é diferente com um dicionário específico para a área de contratos públicos, o qual define o termo *utility service* assim: “Um serviço, tal como o fornecimento de eletricidade, gás natural ou manufaturado, água, rede de esgotos, energia térmica, água resfriada, energia, água quente ou água aquecida a altas temperaturas”.⁸¹

Não por acaso, as definições (i) são exemplificativas, suscitando um raciocínio que parte do particular ao geral, típica aos *common lawyers*; e (ii) indicam atividades prestadas na história norte-americana por grandes empresas privadas, as quais foram sendo mais ou menos “reguladas” ao longo do tempo. Igualmente não por acaso, a temática das *public utilities* é tratada nos EUA interdisciplinarmente entre juristas e economistas. Por isso é fácil compreender porque um dos primeiros grandes clássicos jurídicos envolvendo as *public utilities*, publicado em 1911 por um professor da Harvard Law School, Bruce Wyman (1876-1926), envolve mais diretamente o estudo das empresas prestadoras de serviços públicos (*public service corporations*).⁸²

Na parte histórica do seu trabalho (que totaliza 1.346 páginas em dois volumes), Wyman ressalta que foram as empresas de *transporte* (de pessoas e coisas) que, por sempre estarem intimamente conectadas à necessidade pública, acabaram servindo como principal modelo para a noção de empresas afeitas a serviços de interesse público que vieram posteriormente a operar, como companhias de telégrafo e telefones.⁸³

Para a epistemologia comparativa que comanda este artigo, o que aqui devo repisar é a ausência *estrutural*, no direito norte-americano, da dicotomia “atividade econômica” (limitada pelo poder de polícia) *versus* “serviço público”, dicotomia que, como vimos, é norma constitucional entre nós. Escrita há mais de século, a frase de Wyman, embora sem qualquer pretensão comparativa, é reveladora:

Na verdade, toda atividade comercial, tanto pública quanto privada, está sujeita ao *poder de polícia* do Estado, por meio do qual em qualquer sociedade civilizada é feito o esforço para ordenar as coisas de modo que um não aja em benefício próprio a ponto de causar dano a outrem.⁸⁴

⁸⁰ GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2004. p. 1582.

⁸¹ NASH JR., Ralph C. et al. *The government contracts reference book: a comprehensive guide to the language of procurement*. 3. ed. Chicago: CCH, 2007. p. 599.

⁸² WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations: and all others engaged in public employment*. Washington, D.C.: Beard Books, 2001 [1911]. v. 1.

⁸³ WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations: and all others engaged in public employment*. Washington, D.C.: Beard Books, 2001 [1911]. p. 17-9. v. 1.

⁸⁴ WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations: and all others engaged in public employment*. Washington, D.C.: Beard Books, 2001 [1911]. p. 31. v. 1.

Para Wyman, as diferenças entre as atividades prestadas pelas *public service corporations* em comparação com as atividades desenvolvidas pelas *private corporations* eram de grau e de espécie: (i) grande quantidade de regulação, i.e., de normas de polícia nas primeiras, pouca nas segundas; (ii) imposição de deveres positivos nas primeiras, negativos nas segundas.⁸⁵ Essa ideia básica, simples e profunda, escrita há mais de século, não perdeu força.

Assim, em termos comparativos e simplificando muito, toda discussão do direito norte-americano sobre o ponto em questão neste artigo é realizada *dentro do único âmbito existente*, o da “atividade econômica”, no qual opera o poder de polícia, enquanto que nós continentais (franceses e brasileiros) operamos em dois polos, o do serviço público (campo de atuação estatal) e o da atividade econômica (atividade privada limitada pelo poder de polícia). O problema enfrentado nos EUA, portanto, sempre foi o quão pública deveria ser a atividade desenvolvida para permitir/exigir mais ou menos regulação, é dizer, mais ou menos poder de polícia. O conceito de atividades econômicas dotadas de “utilidade pública”, as *public utilities*, é um conceito que opera, portanto, num ambiente normativo monolítico: o da atividade econômica.

Em artigo publicado em 1928, Gustavus H. Robinson fez um excursão sobre as muitas decisões até então tomadas pela *Supreme Court* sobre as *public utilities*, no esforço de dar-lhes um conceito.⁸⁶ O jurista continental que lê o artigo depara-se com uma miríade de casos perscrutados pelo articulista, ficando o leitor sem norte sobre qual a razão de ser daquela analítica pormenorizada de argumentos aparentemente desconexos. O que se passa, na verdade, é que o autor tem em mente uma pré-compreensão que é muito interessante em termos de comparação jurídica: ele quer encontrar um elemento comum que caracterize uma atividade como *public utility* a fim de que possa o direito dar-lhe o tratamento devido. Enquanto que a mentalidade continental parte do conceito ao caso, a mentalidade norte-americana faz o caminho inverso.⁸⁷

Mas o objetivo do *lawyer* é similar ao do *juriste*: encontrar um critério, classificar um fato da vida em uma categoria jurídica e, por fim, conceituá-lo, dando-lhe uma consequência prevista pelo direito. A *mentalité* francesa, mais sistemática e abstrata, não encontrou dificuldades em elevar o conceito estatal de *service public* a um patamar tão alto que dele tentou retirar (sem sucesso) o critério último de toda a atividade administrativa (e mesmo do próprio Estado). Os fatos da vida traíram essa ambição epistemológica, e não por acaso foi o empirismo do próprio Conseil d’État

⁸⁵ WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations: and all others engaged in public employment*. Washington, D.C.: Beard Books, 2001 [1911]. p. 32. v. 1.

⁸⁶ ROBINSON, Gustavus. The public utility concept in American law. *Harvard Law Review*, v. 41, n. 3, p. 277-308, jan. 1928.

⁸⁷ Tratei das diferentes mentalidades continental e da *common law* em GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 95-111.

que se encarregou de desmentir a teoria. Nos EUA, a *mentalité* pragmática e o *ethos* empirista contentaram-se sempre com o raciocínio analógico e aproximativo; isso, somado à aversão norte-americana a tudo o que se choca com o “individualismo”,⁸⁸ dificultou que se formasse um “conceito” de *public utility*, tratando-se caso a caso os problemas à medida que surgissem.

Por outro lado, e como no direito francês, há também “crises” no sistema norte-americano das *public utilities*. Em artigo escrito em 1940 e intitulado *A morte do conceito de public utilities*, Horace M. Gray, que foi professor de economia na Universidade de Illinois, referia que o pouco claro conceito de *public utilities*, criado entre o final do séc. XIX e início do séc. XX (não é casual, como comento abaixo, a coincidência com o período da criação francesa do *service public*), não havia conseguido cumprir sua função de regular a economia nos casos de interesse público, devendo ser abandonado e substituído por outro conceito, mais funcional e útil.⁸⁹ Para Gray, nada na origem do conceito de *public utilities* era na verdade dirigido à promoção do estado de bem-estar, mas sim objetivava evitar a criação de monopólios. O conceito, entretanto, teria, segundo Gray, falhado nos seus principais objetivos, devendo ser abandonado.

Essa posição foi criticada em trabalho empreendido por Wallace F. Lovejoy em 1957. Para as pretensões do presente estudo, que enaltece a importância dos *conceitos*, a tentativa de revelar a importância do conceito de *public utility* empreendida por Lovejoy é bastante útil; não por acaso, o autor cuida do mesmo problema central do direito francês: o papel do “interesse público” no direito das *public utilities*. Vejamos mais detidamente este trabalho.

O título do artigo de Lovejoy (aliás, outro economista) é revelador: “A necessidade de um conceito de utilidade pública”.⁹⁰ Segundo Lovejoy, estaria havendo no direito norte-americano uma confusão, que afetava tanto operadores do direito quanto economistas, entre o “amplo conceito de atividades afetadas pelo interesse público e o estreito conceito de *public utilities*”.⁹¹ E por que razão haveria a necessidade de conceituar a *public utility*? Para melhor delimitar os campos de intervenção estatal na atividade econômica via regulação: uma coisa é uma atividade econômica ser “afetada pelo interesse público”, outra é ser uma *public utility*; há uma relação de geral e particular aqui, dizia Lovejoy, e quanto mais próximo do polo da *public utility*, mais regulação estatal poderia haver. Operadores do direito e economistas deveriam ter

⁸⁸ Sobre as concepções positiva (norte-americana) e negativa (francesa e brasileira) de individualismo, ver GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-95.

⁸⁹ GRAY, Horace. The passing of the public utility concept. *Journal of Land and Public Utilities Economics*, v. 16, n. 1, p. 8-20, fev. 1940.

⁹⁰ LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958.

⁹¹ LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 292.

mais clareza sobre o tema para melhor orientarem as atividades estatais em tempos (final da década de 1950) em que o Estado seria demandado a atuar mais fortemente na economia. Daí por que Lovejoy tentava resolver a confusão entre os conceitos de *public interest* e de *public utility*.

Para tanto Lovejoy escrutina os vários casos em que a Suprema Corte norte-americana, desde o séc. XIX, tratou de atividades “afetadas pelo interesse público”. Embora as cortes inglesas tenham, segundo Lovejoy, reconhecido o conceito de atividades econômicas voltadas ao interesse público (*public calling*), somente em 1877 essa ideia foi adotada “como princípio” no direito norte-americano. O *leading case* da matéria teria sido, lembrava Lovejoy, *Munn vs. Illinois*, julgado em 1877.⁹²

Em *Munn*, uma lei do estado de Illinois havia posto um limite máximo no preço cobrado para a estocagem de cereais, especificamente pelos proprietários de elevadores e armazéns de grãos. Esses proprietários argumentavam que a lei violava seu direito de propriedade, protegido pelas emendas 5ª e 14 da Constituição norte-americana. O ponto de discussão era este: seria constitucional, por ofensa a direito de propriedade, uma lei de Estado-membro que regulasse preços da estocagem de grãos? A Corte ofereceu basicamente a seguinte resposta: se alguém usa sua propriedade de maneira que sua atividade é particularmente importante à sociedade, essa sociedade pode impor restrições mais severas ao uso da propriedade. A pessoa é livre para escolher ingressar na atividade; uma vez nela, contudo, deve sujeitar-se às regulações impostas pela sociedade/Estado. Na frase de Lovejoy: “Substancialmente, a questão passa a ser se *o exercício do poder de polícia* é apropriado ou razoável, i.e., *em nome do interesse público*”.⁹³ Estaria então estabelecida a categoria de “atividade econômica afetada pelo interesse público”.

A próxima óbvia questão, dizia Lovejoy, era estabelecer quais atividades econômicas eram enquadráveis nessa categoria. O problema aqui era claríssimo: se alargado demais, o conceito abarcaria virtualmente qualquer atividade. Ocorre que, para Lovejoy, justamente aqui se deu a confusão, pelas cortes, entre a conceituação de “atividade afetada pelo interesse público” e a atividade enquadrável como *public utility*. E o início da confusão ter-se-ia dado no caso *Brass v. North Dakota*, julgado pela Suprema Corte em 1894,⁹⁴ no qual a Corte deveria julgar a validade de lei que

⁹² LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 294. As implicações e contextualizações do caso podem ser novidade ao leitor brasileiro, mas o caso em si não é. Para ficarmos com autor moderno, na doutrina brasileira, ver, por todos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4 – Funções administrativas do Estado. p. 43 e ss. Exponho o caso com base em HEMPLING, Scott. *Regulating public utility performance: the law of market structure, pricing and jurisdiction*. Chicago: ABA, 2013. p. 41.

⁹³ LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 295. Grifos nossos.

⁹⁴ 153 U.S. 391 (1894). Ver LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 309 e ss.

regulava todos os elevadores de cereais no estado de North Dakota. À época havia aproximadamente seiscentos elevadores construídos a preço bastante baixo, estando garantida a competição. A Suprema Corte, em decisão apertada (5 a 4), julgou válida a lei, sustentando basicamente que a estocagem de cereais via elevadores havia sido considerada atividade “afetada pelo interesse público” em Illinois e em Nova Iorque, pelo que essa atividade era uma *public utility*. Em suma, enquanto a maioria dizia que poderia haver regulação em razão do interesse público da atividade, a minoria dizia que a mesma atividade não poderia ser regulada por não ser uma *public utility*.

O que se passou, na visão de Lovejoy, foi o seguinte: as cortes simplesmente mesclavam as noções de *public interest* com *public utility* e passavam a escrutinar os casos via controle do exercício do poder de polícia, que haveria de ser “apropriado” e “razoável”. Seguro contra incêndio, por exemplo, foi considerado uma *public utility*, mas não o armazenamento de carne. Para Lovejoy, ao tentar resolver um problema, as cortes teriam criado outro. Essa confusão teria levado a decisões que permitiam a regulação de atividades como tabelamento de preços de cigarros, do carvão betuminoso e de aluguéis, as quais, segundo Lovejoy, passariam ao largo da caracterização comum de atividades industriais de “utilidade pública”. O fato de uma atividade ser de “interesse público” não poderia transformá-la numa *public utility*, dizia Lovejoy. Por isso seria necessário separar os conceitos.⁹⁵

A Suprema Corte norte-americana continuou utilizando sem clareza os conceitos até 1934, quando julgou o caso *Nebbia v. New York*,⁹⁶ no qual a questão posta à Corte era a constitucionalidade de lei estadual que regulava os preços de comercialização do leite. Em *Nebbia*, um produtor, que havia sido condenado criminalmente por vender abaixo do preço estabelecido, argumentava que sua atividade (comércio de laticínios) não era uma *public utility*. A Corte concordou que essa atividade poderia mesmo não se enquadrar na categoria de *public utility*, mas que era sim uma atividade “afetada pelo interesse público”, e que essa categoria não era “fechada”. Em suma, a Corte entendeu que regulação era possível mesmo que a atividade econômica não fosse uma *public utility*. A partir de *Nebbia*, a regulação da atividade econômica é sempre possível, desde que razoável. O ponto de discussão, portanto, passou a ser a razoabilidade da regulação.

Para efeitos do presente estudo, as conclusões de Lovejoy não nos interessam tanto; o que importa aqui é que o debate havido na quase totalidade da doutrina francesa desde muito tempo é de certa forma similar à discussão levada a cabo por Lovejoy: a dificuldade de se encontrar um critério ou definir ou conceituar “serviço

⁹⁵ LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 295-7; 309.

⁹⁶ 291 U.S. 502 (1934). LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958. p. 295-7; 309.

público” ou “*public utility*” por meio da noção de “interesse público”. Não há, portanto, somente diferenças entre os sistemas jurídicos norte-americano e francês; ao contrário, a discussão de fundo gira em torno do mesmo problema.⁹⁷

Há, contudo, diferenças importantes entre os dois sistemas jurídicos. Cito duas: (i) a já referida tendência sistemática e teórica da doutrina francesa *versus* a falta de sistematicidade norte-americana; e principalmente (ii) o ponto de partida (e chegada) de cada um dos sistemas: no direito francês, a atividade cujo interesse público era robusto o suficiente para ser considerada “serviço público” seria em princípio atividade estatal, enquanto no direito dos EUA não há essa possibilidade. No *ethos* político norte-americano, que comanda o direito daquela (como de qualquer outra) nação, a atividade deve permanecer privada, e somente é tolerada maior regulação da matéria. O direito administrativo norte-americano desconhece uma titularidade estatal para o exercício de certas atividades de interesse coletivo (o que chamaríamos de “critério orgânico” ou “subjetivo”); nos EUA toda atividade de caráter econômico *lato sensu* constitui atividade de livre iniciativa – e sendo de livre iniciativa é exercida em regime de livre concorrência e competição no mercado. Assim, inexistente prévia “delegação” estatal a privados para a prestação de certos serviços ou atividades, inexistindo por consequência contratos de concessão ou de permissão.

A despeito da dificuldade de conceituar o que seja a *public utility*, talvez seja possível, em apertada síntese, afirmar que existem certas atividades de livre iniciativa que, (i) em função de sua importância para a coletividade, ou (ii) em função do modo como são prestadas ao público, podem e devem ser submetidas a uma regulamentação mais interventiva e restritiva do Estado; seriam elas, bastante genericamente, as *public utilities*. Listo abaixo cinco pontos dignos de nota.⁹⁸

Primeiro, são atividades que envolvem um grupo de serviços que hoje são considerados indispensáveis para um padrão de vida digno, tais como eletricidade, água potável, gás, telefonia (daí: “utilidade pública” ou *public utility*).

Segundo, são atividades que são ou eram prestadas em regime de “monopólio natural” ou “monopólio de fato”: não é possível estabelecer equipamentos paralelos, de diferentes empresas, para o fornecimento de energia elétrica, ou para águas e esgotos – a rede é uma só.

⁹⁷ Recentes estudos históricos estão reconstruindo uma fase importante do direito administrativo norte-americano, de construção do chamado *Administrative State*. Ver ERNST, Daniel R. *Tocqueville's nightmare: the administrative state emerges in America, 1900-1940*. New York: Oxford University Press, 2014. Esse período mais ou menos coincide com a Idade de Ouro do *droit administratif* francês e merece maior atenção dos comparatistas. Não por acaso, a necessidade da maior presença do Estado na economia passou a exigir, dos dois lados do Atlântico, respostas institucionais similares tanto de *lawyers* quanto de *juristes*. Não é casual que as ideias de *service public* e *public utilities* se tenham desenvolvido nessa mesma época. O presente artigo deixará este ponto intocado.

⁹⁸ A sistematização em cinco itens que apresento não é minha, mas sim tomada do texto não publicado de Itiberê Rodrigues (ver nota 36 supra) e da obra de LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007, *passim*.

Terceiro, sua prestação exige altos investimentos de capital, o que privilegia sua exploração (apenas) pelas grandes empresas privadas, ao mesmo tempo em que elas gozam de favores do Poder Público (dada a utilidade pública inerente às atividades), tais como isenções fiscais ou servidões de passagem (não onerosas) sobre vias e logradouros públicos para instalação de equipamentos de energia elétrica, telefonia, gás canalizado e de águas e esgotos. É dizer: para atrair uma empresa privada para prestar uma *public utility* em determinada região ou localidade, muito provavelmente o Poder Público terá de fazer ofertas de privilégios e/ou vantagens.

Quarto, o regime de monopólio de fato funciona à margem de um regime normal de economia de mercado (inexistência de uma autêntica concorrência e competição), daí derivando para seu prestador uma posição de vantagem que aumenta e/ou torna seguros seus lucros.

Quinto, o usuário torna-se faticamente dependente do prestador de serviço da região em que ele está domiciliado (“clientela fixa”) e dependente também dos preços e da qualidade do serviço por ele prestado. No limite, o risco é a cobrança de altos preços com má qualidade de serviços, ou ainda nenhuma preocupação com o aperfeiçoamento e/ou a universalização dos serviços (sobretudo não expansão dos serviços para áreas não lucrativas, que exijam altos investimentos e demorado retorno).

5.2 E o serviço de táxi nos EUA?

Ao contrário da França (Estado Unitário que regula o táxi por lei) e do Brasil (Estado Federal que resolveu, por lei federal, regular o serviço de táxi), não surpreende que nos EUA (Estado Federal no qual a autonomia dos entes federados é efetiva) a regulação do serviço de táxi mude de Estado-membro para Estado-membro. E são via de regra os governos locais (municípios e condados), por meio de *boards* ou *agencies*, que regulam o serviço, o que se dá por restrição do número de empresas e táxis, fixação de preços (em regra por distância percorrida), segurança, seguro e *standards* de serviço, o que vem sendo normalmente aceito pelas cortes. Uma espécie de “anomalia” é vista no estado do Colorado, que entregou a regulação a uma agência estadual (não municipal), a *Public Utilities Commission*.⁹⁹

Assim, tratando-se de meios de transporte economicamente viáveis, a regulação pelo Estado das empresas privadas de táxi, e não a propriedade estatal de empresas prestadoras do serviço, foi sempre o meio preferido para proteger o interesse público

⁹⁹ Este parágrafo e o próximo têm base em DEMPSEY, Paul Stephen. Taxi industry regulation, deregulation & reregulation: the paradox of market failure. *Transportation Law Journal*, v. 24, p. 73-120, 1996, especialmente p. 75-8.

nos EUA. O serviço de táxi começou a ser regulado pelas municipalidades norte-americanas na década de 1920, e passou por profunda desregulação na década seguinte; diante do fracasso desse movimento, o serviço de táxi experimentou nova onda regulatória. Essa regulação do serviço de táxi envolve, via de regra, (i) restrição de entrada no mercado, geralmente sob o *standard* da “conveniência e necessidade públicas”; (ii) preços justos, razoáveis e não discriminatórios; (iii) *standards* de serviço, como segurança do motorista e veículo, rádio 24 horas, atendimento em tempo mínimo; e (iv) *standards* de responsabilidade (p. ex., seguro).

Seria possível dizer que nos EUA o serviço de táxi é uma *public utility*? Embora possamos encontrar posições doutrinárias isoladas nesse sentido,¹⁰⁰ e nada obstante alguns autores tenham já registrado, com pesar, que em algumas cidades norte-americanas a regulação da atividade de táxi confere *franchise* exclusiva a determinados taxistas como se o táxi fosse serviço de utilidade pública,¹⁰¹ a melhor resposta parece ser negativa, embora não possa limitar-se a uma simplista negação, merecendo qualificação.

É que a rigor o debate sobre o serviço de táxi nos EUA sequer gira diretamente em torno da *classificação* ou *conceituação* do serviço de táxi como *public utility* (isso iria contra a mentalidade empírico-pragmática dos *lawyers* norte-americanos), mas sim sobre o serviço dever ser mais ou menos regulado. Uma pergunta análoga à do título deste artigo, por exemplo, “táxi é ou não uma *public utility*?”, talvez faça pouco sentido na epistemologia de um *lawyer*, que prefere, por razões que a esta altura devem estar claras, discutir o problema em termos de “mais ou menos regulação”, ou se quisermos, mais ou menos poder de polícia. Daí que a afirmação de um *lawyer* de que o táxi é uma *public utility*, embora classificatória e conceitual, parece operar mais no plano ideológico. Explícito.

O silogismo “dado que o táxi é uma *public utility*, então é juridicamente válida e possível uma maior regulação do serviço de táxi” é uma construção que depende da aceitação da premissa de que as *public utilities* merecem maior regulação, e é com esse desiderato que a “classificação” é feita. E caberá, no limite, às cortes dizerem, com base na razoabilidade, se a regulação ofendeu ou não a liberdade, ou, noutras palavras, se o poder de polícia (normativo) do Estado foi exercido de forma razoável.

No Brasil, em contraste, a consequência da classificação do táxi como serviço público é (ou deveria ser, pelo art. 175 da CF/88) a de que deve haver licitação.

¹⁰⁰ Ver, p. ex., BARKER, William; BEARD, Mary. *Urban taxicabs: problems, potential, and planning*, in proceedings of the conference on taxis as public transit. California: Univ. of California, 1978. p. 40 *apud* DEMPSEY, Paul Stephen. Taxi industry regulation, deregulation & reregulation: the paradox of market failure. *Transportation Law Journal*, v. 24, p. 73-120, 1996. p. 76; 116.

¹⁰¹ Nesse sentido, cf. KITCH, Edmund W. Taxi reform-the FTC can hack it. *Regulation*, v. 8, p. 13-15, maio/jun. 1984.

6 De volta ao Brasil: explicando a esquizofrenia brasileira

6.1 O vaivém do pêndulo antes da CF/88

No Brasil,¹⁰² a trajetória da noção de serviço público é tortuosa: no Império, a ideia era a de que o Estado deveria manter sob controle alguns serviços públicos, ainda que fossem prestados por particulares; deveria haver algum mecanismo de concessão controlado pela coroa. Em suma, vigorava uma espécie de conciliação entre o liberalismo da época e a ideia de que o Estado deveria controlar o serviço em razão de um privilégio da coroa sobre as atividades decorrentes do que se chamava de monopólios régios. Como sabemos, a ideia de Estado (e de direito administrativo) era, à época, inteiramente francesa.

Com a Constituição de 1891, a filosofia juspolítica muda de vetor. Começando pelo modelo de Estado (não somente no nome: Estados Unidos do Brasil) e passando pelo direito constitucional (não somente com a implantação do Supremo Tribunal Federal, criado à semelhança da *Supreme Court*), o direito administrativo foi também nitidamente influenciado pelo direito dos EUA. Alguns homens públicos, teóricos ou práticos ou ambos (por exemplo, Rui Barbosa, Meirelles Teixeira, Bilac Pinto, este último membro da Comissão referida logo abaixo e autor de obra clássica sobre o assunto),¹⁰³ foram influenciados e influenciaram essa mudança estrutural, percebida via de regra mais por teóricos do Estado e por constitucionalistas do que por administrativistas, com raras exceções. Sendo o direito (administrativo) *eminente político*, e dado que o direito público é reflexo da adoção de uma ou outra concepção de Estado, não é de se estranhar que um dos institutos jusadministrativos norte-americanos proeminentes altamente influentes no Brasil da República Velha tenha sido o das *public utilities*. O modelo francês cede espaço e dá-se a primeira guinada do pêndulo na direção norte-americana.

Mas o pêndulo logo retornaria. Já na década de 1940, o modelo francês passaria a novamente predominar: o Estado retomaria o posto de protagonista, e para isso precisaria do direito administrativo. Um ponto decisivo é este: por ordem de Francisco Campos (1891-1968), então Ministro da Justiça (de 1937 a 1941), foi formada comissão de juristas para estudo do tema no final da década de 1930; a Comissão estava encarregada de elaborar anteprojeto de lei sobre a fiscalização e revisão das

¹⁰² Devo muito do que consta deste subitem novamente a Itiberê Rodrigues (mesma fonte citada nas notas 36 e 97 supra). Não conheço no Brasil melhor estudo para compreender o hibridismo (França e EUA) de influências culturais sobre o direito brasileiro do que a ótima tese de LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

¹⁰³ Ver PINTO, Olavo Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

tarifas dos serviços públicos explorados por concessão, nos termos do art. 147 da CF de 1937.¹⁰⁴

A Comissão trabalhou por dois anos, e um de seus membros, Odilon Duarte Braga (1894-1958), que fora ministro da Agricultura de Getúlio Vargas de 1934 a 1937, publicou o relatório final dos trabalhos dessa Comissão nos números 7 a 10 da *Revista de Direito Administrativo* em 1947, totalizando 99 páginas. Esse trabalho – riquíssimo, mas infelizmente hoje pouco lido e ainda hoje de leitura obrigatória para quem pretenda ser um jurista no âmbito dos serviços públicos – conta a história, até 1940, do direito brasileiro dos serviços públicos e de utilidade pública e do hibridismo decorrente da adoção de dois modelos jurídicos. Salta aos olhos a profunda compreensão dos membros da Comissão sobre o direito norte-americano das *public utilities*, “de cunho acentuadamente privatista”,¹⁰⁵ o qual havia influenciado basicamente os serviços de eletricidade e telefonia a partir da proclamação da República e acabaria ajudando a causar o que denominei no título de “esquizofrenia” do direito administrativo brasileiro.

Entre outras partes interessantes, o relatório da Comissão identifica que, no campo dos serviços de eletricidade,¹⁰⁶ haveria um “hibridismo do regime puramente contratual, resultante da infiltração do direito americano” ao qual “sucedeu o tumulto da aplicação do Código de Águas, lei digna de todos os louvores, inspirada no modelo de direito francês”, que teve, porém, “infelizmente, [...] interpretação refreada mercê do prestígio dos trabalhos técnicos e econômicos dos escritores que nos Estados Unidos têm versado o palpitante tema de regulação eficaz dos serviços gerais de uso público (*public utilities*)”. Essa confusão, segundo o próprio relatório, “**nem sempre teria sido percebida pelos membros da própria Comissão**”, não somente quando “denominavam *serviço de utilidade pública* em lugar de *serviços públicos concedidos*, como ainda quando os entrevistam imersos na **balbúrdia** da mais absurda liberdade contratual”. Isso porque, “efetivamente, no tocante a êles a *lei* era sempre o *contrato*, e *contrato* de natureza civil, pelo que não passavam de *serviços privados de utilização pública*, muito semelhantes aos serviços idênticos do sistema americano”.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Eis o texto da CF de 1937: “Art. 147. A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços”.

¹⁰⁵ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 35. Uma análise precisa do trabalho da comissão é feita por LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 258-65.

¹⁰⁶ O relatório examina vários serviços além da eletricidade: portos, águas, estradas de ferro, serviços telefônicos, e outros.

¹⁰⁷ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 36. Itálicos do original, negritos nossos. O relatório atesta que havia “categóricas divergências” e “acalorados debates” entre, de um lado, Anhaia Melo, Alves de Souza, Bilac Pinto e Plínio Branco (pró-modelo norte-americano), e, de outro, Miranda Carvalho e Oscar Weinschenck (pró-modelo francês) (*ibidem*, p. 37).

A crítica do relatório não é uniforme. Os serviços telefônicos, diz o texto,

talvez pudessem permanecer, sem maiores inconvenientes, sob o sistema de *regulação contratual*, mitigada pela contínua atuação de comissões do tipo americano. [...] Nunca, porém, os muitos mais importantes de portos e estradas de ferro. Devolver tais serviços à condição de *serviços privados de utilidade pública* seria, entre nós, **retrogradar aos absurdos do liberalismo anterior a 1848**.¹⁰⁸

De qualquer forma, a Comissão rejeitava, expressamente, a adoção do sistema jurídico norte-americano para todos os “serviços públicos”, sistema esse que, como dito, fora utilizado nos serviços de telefonia e eletricidade, os quais, segundo a Comissão, “entre nós foram surgindo sob um regime legal equívoco, de inspiração mais americana do que brasileira, mercê do *prévio e infundado acerto* de que a nossa Constituição de 1891 não passava de cópia do modelo de Filadélfia”.¹⁰⁹

Reforçando o nítido conflito ideológico da matéria, é difícil encontrar na doutrina brasileira mais conciso e melhor testemunho das contrastantes filosofias estatais e jusadministrativas do que os seguintes parágrafos, longos mas de citação necessária:

Bem andou, pois, a Comissão Coordenadora quando resolveu definir-se pela expressão constitucional – *serviço público concedido*, que exclui a possibilidade de sua confusão com os *serviços de utilidade pública*; e quando conseqüentemente aderiu ao sistema jurídico-administrativo das nossas concessões de portos e vias férreas perfeitamente adaptado à doutrina e à jurisprudência dos países da Europa continental, e em particular da França. [...].

Bem se vê, pois, que a noção de *serviço público explorado por concessão*, resultante dos trabalhos da Comissão Geral e das votações da Comissão Coordenadora, **é a que emerge das realidades tradicionais do nosso direito administrativo, inspiradas pelo direito equivalente da Europa continental**.¹¹⁰

Palavras ecoam filosofias e visões de mundo. No Brasil, visão eclética e confusa,¹¹¹ esquizofrênica na minha provocativa expressão, fazendo o pêndulo pender ora para o lado francês (serviço público), ora para o norte-americano (serviço de

¹⁰⁸ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 37. Itálicos do original, negritos nossos.

¹⁰⁹ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 46. Grifos nossos.

¹¹⁰ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 38; 42. Itálicos do original, negritos nossos.

¹¹¹ Tratei do ecletismo brasileiro em GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 300 e ss. Ver também LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 255-300.

utilidade pública). Assim, “serviço de utilidade pública” é expressão norte-americana; “serviço público” é expressão francesa. E vê-se, contudo, que não era somente de uma mudança de nome que a Comissão tratava: a primeira expressão enfatiza a liberdade de iniciativa; a segunda, a atividade estatal. A primeira deixa o protagonismo ao particular; a segunda, ao Estado. Na primeira, o Estado regula; na segunda, ou presta diretamente ou concede. Na primeira, o serviço é privado; na segunda, é público. Na primeira, o regime jurídico é o comum via regulação; na segunda, é regime público. A mudança, portanto, é de visão de mundo, de estruturas estatal e normativa, refletida na mudança de expressão e representada por ela. É uma mudança cultural, que reflete diferentes *concepções juspolíticas de direito*.¹¹²

Essa mudança teria consequências práticas. Um exemplo, crucial, toca à propriedade dos bens e direitos vinculados aos serviços:

Admitido que o “serviço público concedido” nada mais é do que uma “public utility” do direito americano, ou seja, apenas um negócio privado submetido a uma intervenção mais profunda e minuciosa do Poder Público, fica fora de discussão de que a propriedade de seus bens e direitos deverá ser de caráter privado [...].

Se, porém, o *serviço* fôr considerado realmente *público*, no sentido de pertencente ao campo de atuação do Poder público, a sua *propriedade* deverá ser igualmente pública [...].¹¹³

O relatório da Comissão é bem mais longo e rico do que o aqui exposto, mas penso que o argumento-chave está compreendido. No que interessa neste passo do presente estudo, reforço a conclusão da Comissão no sentido de que a aproximação feita pelo direito brasileiro ao direito norte-americano após a proclamação da República não teria sido conveniente e deveria ser abandonada.

Nesse cenário, em que o direito administrativo brasileiro é já novamente posto sob trilho francês, o autor-chave entre nós, sabemos todos, é Themístocles Brandão Cavalcanti (1899-1980). Cavalcanti, que chegou a ministro do STF entre 1967-69, foi propagador, no Brasil, das obras de Léon Duguit e seu discípulo mais eminente, Gaston Jèze (1869-1953), este na verdade o principal artífice da concepção de serviço público à francesa. Cavalcanti plantou as sementes da teoria até hoje dominante no Brasil sobre serviços públicos, a qual é baseada em três pilares, segundo os quais: o serviço público (i) é critério para distinção entre direito público e direito privado; (ii)

¹¹² A frase de Gustavo Loureiro é insuperável: “O ar que se respira aqui [i.e., no direito dos EUA] é totalmente diferente daquele impregnado pela noção de um Estado ativo e prestador de serviços públicos” (LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 117).

¹¹³ BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947. p. 30. Grifos do original.

é regido por um regime jurídico diferente da prestação de serviços do direito civil, o regime jurídico público; (iii) é prestado pelo Estado, direta ou indiretamente.

Ao que nos interessa aqui, o segundo (regime jurídico) é o requisito-chave, sabidamente também carregado de ideologia. Entre nós, no plano jusadministrativo e especificamente na atividade econômica do Estado, essa dualidade está refletida justamente na já comentada dicotomia “serviço público” (art. 175 da CF/88) *versus* “atividade econômica em sentido estrito” (art. 170, parágrafo único, e art. 173 da CF/88), referida na introdução deste estudo.

O serviço público, aqui, é tomado como critério de identificação do elemento diferenciador do direito público em contraposição com o direito privado (na história do direito administrativo, o outro critério proposto seria o da *puissance public*, de Maurice Hauriou). E nos vemos aqui no recorrente tema da dicotomia “direito público *versus* direito privado”, a qual, não por acaso, *estrutura* de forma diferente os sistemas jurídicos norte-americano e franco-brasileiro.¹¹⁴ A história é bem conhecida: dessa diferença *estrutural* decorreriam a supremacia, as prerrogativas etc., presentes no direito público e ausentes no privado, havendo aqui uma clara e nítida *oposição* de “regimes”.

Essa concepção estruturante do direito, que opõe direito público e direito privado, parece até hoje dominante no Brasil, que chamo, por didatismo, de visão “estatal” do direito administrativo. Depois de Cavalcanti, o corifeu da temática passou a ser Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Linha semelhante seguem Cirne Lima, Mário Masagão e José Cretella Jr., para citar alguns. Atualmente, o maior representante dessa corrente é Celso Antônio Bandeira de Mello. Maria Sylvia Di Pietro pode ser também aqui referida, embora sua posição seja matizada e menos radical que a de Celso Antônio. Todos esses autores são, em maior ou menor grau, influenciados pela Escola do Serviço Público.¹¹⁵ Mas aqui já estamos nos dias atuais.

Voltando à década de 1940, podemos perceber que quando a CF de 1946 dizia que “Compete a União, mediante concessão ou autorização [...]” (art. 5º, XII), o STF entendia, como revelavam os casos referidos no próximo parágrafo, que isso configurava uma liberdade da União Federal para estabelecer um ou outro regime jurídico: se ela optasse por concessão, o regime da atividade era o francês de serviço público; se ela optasse por autorizações, o regime da atividade seria o norte-americano da utilidade pública. Na década de 1950, em pelo menos quatro julgados do Supremo Tribunal Federal, há clara distinção entre serviços públicos e serviços de utilidade pública.

¹¹⁴ Contextualizei o papel epistemológico da dicotomia nos sistemas jurídicos norte-americano e francês em GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 112-44.

¹¹⁵ Um pouco da história do pensamento dos jusadministrativistas brasileiros encontramos no capítulo 3 (“Ordem dos publicistas”) do imprescindível trabalho de SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. No capítulo 4 (“Crítica à doutrina antiliberal e estatista do direito administrativo”), o autor critica o que chamo de visão “estatal” do direito administrativo.

Os dois primeiros são julgados em tudo idênticos: no RE nº 20.111, julgado em 1º.6.1953, e no RE nº 23.640, julgado em 3.9.1953, ambos pelo rel. Min. Nelson Hungria, o STF referiu que “‘serviço de interesse público’, sob regime de autorização, não se confunde com ‘serviço público concedido’, a que se refere o parágrafo único do art. 31 da Constituição Federal [de 1946]”.¹¹⁶ Nos casos, a empresa Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda. estava sendo executada pelo Distrito Federal por dívida decorrente de imposto predial e queria ver a si aplicada a isenção fiscal permitida pela CF/46 em vigor aos serviços públicos concedidos. O cerne da questão passava então por classificar serviço de navegação aérea; o STF, seguindo sua própria jurisprudência, referiu que o serviço de navegação aérea era serviço privado de utilidade pública, autorizado, portanto, e não concedido, o que afastava a hipótese da isenção fiscal pleiteada.

No AI nº 16.123, julgado em 10.9.1953, de relatoria do Min. Mario Guimarães, a ementa é curta e direta: “Não há confundir serviço público com serviço de utilidade pública”. A questão passava pela “natureza” do serviço prestado por uma companhia de armazenamento, se serviço público concedido ou se serviço privado de utilidade pública. O relator, em um parágrafo, referiu:

A recorrente [Cia. Espírito Santo e Minas de Armazéns Gerais S.A.], embora realize um serviço de utilidade pública não é uma concessionária de serviço público. É uma empresa particular. Não é alcançada pelo dispositivo constitucional [art. 31, parágrafo único, CF 1946].

A mesma clareza consta do AI nº 16.597, julgado em 12.4.1954, de relatoria de Ribeiro Costa:

torna-se necessário distinguir serviço público e serviço de utilidade pública. O primeiro é serviço prestado ao governo e por este remunerado. O segundo serviço particular, que, por ser de interesse da coletividade, é declarado de utilidade pública, para o efeito de certas regalias, como direito a subvenções, franquias postal, isenção de taxas, etcetera. (Grifos nossos)

Entretanto, e revelando a confusão conceitual que venho tentando evidenciar, duas decisões do STF da mesma década de 1950 parecem tratar indistintamente “serviços públicos” e “serviços de utilidade pública”. No MS nº 4.382, julgado em 12.7.1957, de relatoria do Min. Luiz Gallotti, o STF tratou o serviço de transporte público coletivo como “serviço público” (ementa do acórdão) e como “serviço de

¹¹⁶ Eis o texto: “Parágrafo único. Os serviços, públicos concedidos, [sic] não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum” (grifos nossos).

utilidade pública” (do voto do relator), não pairando dúvida de que o serviço era remunerado por tarifa e que era “explorado diretamente pelo Estado ou mediante concessão”. Em 12.11.1959, no RE nº 43.456, que teve como relator p/ acórdão o Min. Nelson Hungria, o STF parece ter operado na mesma linha: para decidir se o serviço de transporte aéreo gozava ou não de isenção fiscal, os ministros referiam-se ora a “serviço público” ora a “serviço de utilidade pública”.

Um pouco adiante, já na época de 1980, ao menos uma decisão parece novamente refletir confusão entre “serviço público” e “serviço de utilidade pública”: na decisão de 27.4.1982, RE nº 96.606, de relatoria do Min. Soares Muñoz, o STF referiu-se expressamente à “água, luz, esgoto etc.” como “serviços de utilidade pública”, e não como “serviços públicos”, ao que parece sem dar atenção à potencial confusão conceitual entre os institutos.

Alguém dirá, talvez com razão, que essa confusão nada mais é do que reflexo da própria falta de clareza do STF – e mesmo do próprio direito administrativo francês – do que seja “serviço público”, dado que, embora possa haver certa dominância da influência doutrinária pró-Escola do Serviço Público no STF, com matriz em Duguit-Jèze e Cavalcanti-Celso Antônio, a verdade é que há muito titubeio na interpretação/classificação do que seja “serviço público”, como fica claro em estudo doutrinário recente, que expõe a pouca coerência havida no STF em casos como serviços de loterias, correios, saúde e educação, para citar alguns importantes.¹¹⁷

Esse não é, porém, o ponto a ser ressaltado. O que interessa é que a jurisprudência do STF não revela clareza sobre o tema da dicotomia “serviço público” e “serviço de utilidade pública” e, salvo em duas decisões da década de 1950, não parece ter consciência da oposição ideológica profunda que tais expressões carregam.

A Lei nº 12.865/2013, ao fazer a alteração do nome do serviço de táxi de “serviço público” para “serviço de utilidade pública”, faz reviver essa imensa oposição ideológico-conceitual que reina no direito brasileiro desde sempre. O paradoxo é este: suspeito que a alteração do texto tenha sido feita por alguém que tinha plena consciência das diferentes consequências práticas dessa dicotomia e que, nesse contexto nebuloso, muito provavelmente pretendia obter certas consequências a partir da nova definição, as quais não eram juridicamente possíveis a partir da definição revogada.

¹¹⁷ Ver CONRADO, Régis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2013. Ver também RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. *Fundamentos constitucionais dos serviços públicos na Constituição de 1988*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. p. 2190-2306. v. 7.

6.2 E daí? Um pouco mais de confusão

Antes de fechar este item, anoto que o legislador brasileiro parece ter conseguido chegar, suponho (e desejo) que inconscientemente, ao ponto ótimo de iconoclastia, ou de hibridismo, no tocante à normatização do serviço de táxi: conseguimos utilizar, para o serviço de táxi no Brasil, um conceito jurídico francês (*service public*) e um norte-americano (*public utility*) que não são utilizados nem na França nem nos EUA para disciplinar o mesmo serviço. Noutros termos: na França, berço do conceito de serviço público, o serviço de táxi não é considerado como um *service public*; e nos EUA, berço do conceito de serviço de utilidade pública, o serviço de táxi não é considerado uma *public utility*. Tanto num quanto noutro sistema jurídico, o táxi é uma atividade econômica mais ou menos regulada pelo poder de polícia do Estado.

Já o (bipolar) legislador brasileiro, conscientemente ou não, uma vez classificou o táxi como “serviço público” e hoje classifica o serviço como “de utilidade pública”. Nossa jurisprudência nada mais é, parece-me, que reflexo dessa esquizofrênica confusão conceitual.

7 Conclusão

Mas afinal, qual a resposta à pergunta do título? O serviço de táxi é ou não serviço público? Um crítico afeito a teorias dirá que, depois de tantas idas e vindas, voltas e revoltas, não foi dada resposta definitiva à pergunta do título. Ademais, continuaria o crítico, o problema jurídico poderia ter sido resolvido com o exame, rápido e fácil, das diversas concepções de serviço público consagradas na doutrina, “amplíssima”, “ampla”, “restrita” etc.¹¹⁸

Por essa linha, seguiria o crítico, a resposta à pergunta do título seria bastante simples: se utilizarmos uma concepção ampla de serviço público, então táxi é sim serviço público, e é nesse sentido que os tribunais brasileiros entendem o serviço de táxi. Aliás, arremataria o crítico, a concepção amplíssima é a utilizada por Hely Meirelles.¹¹⁹

Essa resposta seria, parece-me, simplista e errada: simplista por não captar toda a riqueza conceitual por trás da pergunta, e errada por no mínimo três razões: ela (i) teria que partir do pressuposto de que a alteração legislativa da LMU não teve nenhum propósito ao mudar a qualificação do serviço de táxi de “serviço público” para “serviço de utilidade pública”, quando me parece claro que a alteração pretendida foi

¹¹⁸ Sobre isso, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138-57.

¹¹⁹ No mesmo sentido, atribuindo a Hely a adoção de um conceito amplíssimo, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 139.

profunda; (ii) atribuiria aos tribunais a adoção de uma concepção amplíssima de serviço público, ignorando que nem de longe essa concepção foi a adotada na CF/88, pelo menos não no seu art. 175;¹²⁰ (iii) desconsideraria por completo as afirmações feitas nos próprios acórdãos, que em nenhum momento fizeram alusão à bem conhecida discussão sobre a amplitude do conceito de serviço público.

O papel do jurista que se preocupa com a história dos conceitos é de alguma forma como a de um psicanalista: ele precisa ajudar a encontrar as raízes do problema para, tornando-o consciente, tentar ajudar a resolvê-lo, o que é outro passo. O certo é que a cura do problema passa antes, necessariamente, por um correto diagnóstico. Foi por isso que, na tentativa de ajudar na formulação de uma resposta mais convincente, percorri um caminho mais árduo e, espero, mais interessante, o qual poderia oferecer, ao final, uma resposta mais segura.

No que toca ao problema do serviço de táxi, clarear conceitos jurídicos, explicando suas origens e desfazendo confusões, é, creio, bastante mais útil do que ensaiar respostas diretas a perguntas que, aparentando ser simples, induzem, no mais das vezes, a respostas equivocadas.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviços públicos e serviço de utilidade pública – Caracterização dos serviços de táxi – Ausência de precariedade na titulação para prestá-los – Desvio de Poder Legislativo. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Pareceres de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Transformações do poder de polícia: aspectos político-jurídicos, econômicos e institucionais*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2015.
- BRAGA, Odilon. Serviços públicos concedidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 7, p. 33-51, 1947.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHAPUS, René. *Droit administratif*. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.
- CHEVALLIER, Jacques. A reforma do Estado e a concepção francesa de serviço público. *Revista do Serviço Público – RSP*, ano 47, v. 120, n. 3, p. 34-57, set./dez. 1996.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution*. Madrid: Trotta, 1997.
- CONRADO, Régis da Silva. *Serviços públicos à brasileira: fundamentos jurídicos, definição e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹²⁰ No mesmo sentido, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 143 (sustentando que no art. 175 a CF/88 adota sentido restritíssimo); DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 141 (“e expressão aparece no sentido mais restrito”).

- DEMPSEY, Paul Stephen. Taxi industry regulation, deregulation & reregulation: the paradox of market failure. *Transportation Law Journal*, v. 24, p. 73-120, 1996.
- DI PIETRO, Maria S. Z. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- ERNST, Daniel R. *Tocqueville's nightmare: the administrative state emerges in America, 1900-1940*. New York: Oxford University Press, 2014.
- FOULQUIER, Norbert. Le service public. In: GONOD, Pascale; MELLERAY, Fabrice; YOLKA, Philippe (Dirs.). *Traité de droit administratif*. Paris: Dalloz, 2011. t. 2.
- FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009.
- FRIER, Pierre-Laurent; PETIT, Jacques. *Droit administratif*. 10. ed. Paris: Montchrestien, 2015.
- GARNER, Bryan A. (Ed.). *Black's law dictionary*. 8. ed. St. Paul, Minnesota: West Group, 2004.
- GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. 21. ed. Paris: LGDJ, 2015.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. Desmistificando os "princípios jurídicos" de Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 1, p. 285-320, jan./abr. 2014.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. Dignidade humana e direito administrativo no STF: uma breve análise crítica. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 20, n. 2, p. 430-473, maio/ago. 2015.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e contrato*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- GRAY, Horace. The passing of the public utility concept. *Journal of Land and Public Utilities Economics*, v. 16, n. 1, p. 8-20, fev. 1940.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUGLIELMI, Gilles J.; KOUBI, Geneviève; LONG, Martine. *Droit du service public*. Paris: LGDJ, 2007.
- HEMPLING, Scott. *Regulating public utility performance: the law of market structure, pricing and jurisdiction*. Chicago: ABA, 2013.
- KÄHLER, Lorenz. The influence of normative reasons on the formation of legal concepts. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009.
- KITCH, Edmund W. Taxi reform-the FTC can hack it. *Regulation*, v. 8, p. 13-15, maio/jun. 1984.
- LACHAUME, Jean-François et al. *Droit administratif. les grandes décisions de la jurisprudence*. 16. ed. Paris: PUF, 2014.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo jurídico e a falsa solução dos princípios e das regras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 40, n. 160, p. 49-64, 2003.
- LOUREIRO, Luiz Gustavo Kaercher. *A indústria elétrica e o Código de Águas: o regime jurídico das empresas de energia entre a concessão de service public e a regulation of public utilities*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- LOVEJOY, Wallace. The need for a concept of public utility. *South Texas Law Journal*, v. 3, p. 293-315, 1958.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Estado contra o mercado: Uber e o consumidor. *Migalhas*, 11 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI221670,91041-Estado+contra+o+mercado+Uber+e+o+consumidor>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4 – Funções administrativas do Estado.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: RT, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo: [s.n.], [s.d.].

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit administratif*. 14. ed. Paris: LGDJ, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTA, Carlos G.; LOPEZ, Adriana. A transição incompleta: ainda o mesmo modelo (2007-2014). In: MOTA, Carlos G.; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

NASH JR., Ralph C. et al. *The government contracts reference book: a comprehensive guide to the language of procurement*. 3. ed. Chicago: CCH, 2007.

PFORDTEN, Dietmar von der. About concepts in law. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietmar von der. *Concepts in law*. New York: Springer, 2009.

PINTO, Olavo Bilac. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

ROBINSON, Gustavus. The public utility concept in American law. *Harvard Law Review*, v. 41, n. 3, p. 277-308, jan. 1928.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos constitucionais dos serviços públicos na Constituição de 1988. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. v. 7.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 9-39, jul./set. 2015.

SCHIRATO, Vitor. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. Atividade econômica e serviço público. In: SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? In: SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WALINE, Jean. *Droit administratif*. 25. ed. Paris: Dalloz, 2014.

WYMAN, Bruce. *The special law governing public service corporations: and all others engaged in public employment*. Washington, D.C.: Beard Books, 2001 [1911]. v. 1.

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

GIACOMUZZI, José Guilherme. O serviço de táxi é serviço público? Em torno de conceitos e da esquizofrenia no direito administrativo brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 68, p. 209-250, abr./jun. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i68.809.
