SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADES ECONÔMICAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

ROBERTO RIBEIRO BAZILLI*

1 — Introdução. 2 — Descentralização administrativa e atividade estatal econômica. 3 — Serviços públicos e atividades econômicas na doutrina. 4 — Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição do Brasil. 5 — Administração direta e institucional. 6 — Conclusões.

1. *Introdução*

No momento em que a Nação está envolta em clima de discussões pós-constituintes, tornam-se oportunas algumas considerações sobre o perfil organizacional da Administração Pública no Brasil, sobretudo quando o chamado processo de "desestatização" ameaça passar do plano das idéias para o do "ser".

Analisar o perfil organizacional implica em estudar as atividades desenvolvidas pela Administração Pública, levando em consideração as características do Estado contemporâneo e, em especial, as do Estado brasileiro.

Para melhor exame do assunto, algumas questões precisam ser formuladas: quais as conseqüências do fenômeno intervencionista na Administração Pública? E as implicações na noção de serviço público? Quais os limites de atuação do Estado, como agente ativo, no domínio econômico? Está a Administração Pública adequada a esta nova realidade intervencionista do Estado?

O Estado contemporâneo, nascido sob a égide do princípio da legalidade, foi convocado a disciplinar a atividade privada, contendo-a nos limites do interesse social e do bem comum. Assim é que, em decorrência, assume o comando do processo econômico e das mudanças sociais, mediante a regulamentação, o controle e ou o monopólio do comércio, da produção, do ensino, do transporte e, até mesmo, da pesquisa científica. É o Estado voltado aos problemas sociais, que Laski denominou de "Welfare State", ou seja, "Estado do Bem-Estar Social".

* Professor titular da Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho.

Inerente a este estado de coisas é que surge o Estado intervencionista.

O Estado liberal, onde não se falava de iniciativa estatal, salvo a relacionada exclusivamente com a manutenção de ordem e de segurança, cede lugar ao Estado intervencionista. O movimento liberal, que teve em Adam Smith a sua grande expressão, não resiste às conseqüências da revolução industrial. A experiência da Primeira Grande Guerra Mundial e a Revolução Russa de 1917 determinaram profundas modificações no Estado ocidental: abandona a sua postura de mero guardião da ordem e da segurança e transforma-se em inspirador e realizador do bem-estar social.

Nascem programas como o "New Deal", de cunho intervencionista, com Franklin Roosevelt. A atitude intervencionista intensifica-se com o advento da II Guerra Mundial, pois que o Estado assume a prestação dos serviços fundamentais, procurando a obtenção no máximo de proveito com o menor desperdício, para atender às emergências de então. Após a guerra, o fenômeno persiste e em maior intensidade, em que pese, sob o ponto de vista político, a "onda" liberalizante.

Nestes processos de intervenção, algumas premissas são constantes:

a) as Constituições enriquecem-se com novos direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os seus direitos individuais e políticos;

b) o centro de gravidade da ordem jurídica desloca-se, progressivamente, do individual para o social;

c) a intervenção do Estado no domínio econômico, que é uma constante do direito público contemporâneo, define-se ora sob forma programática, ora como norma legislativa, ora, ainda, como atividade administrativa;

d) o Estado é, atualmente, um prestador de serviços tanto sociais como econômicos;

e) a atividade empresarial do Estado pode chegar, sob inspirações variadas, ao monopólio estatal;

f) planejamento econômico, tanto do setor público como do privado;

g) a propriedade, a família, o trabalho e a empresa passam a obedecer a novos pressupostos de interesse coletivo.

É de se notar, dos aspectos acima especificados, que o Estado intervencionista manifesta-se na ordem econômica disciplinando-a, ou seja, limitando-a de maneira a compatibilizá-la com o interesse coletivo; estimulando-a através de concessão de apoio financeiro, creditício e de infra-estrutura, inclusive, tecnológica e atuando como agente diretamente na ordem econômica como verdadeiro prestador de serviços industriais ou comerciais ou realizador de atividades meramente econômicas.

2. *Descentralização administrativa e atividade estatal econômica*

Como fenômeno correlato ao Estado intervencionista, a máquina estatal, até então centralizada, desde logo, demonstrou-se incapaz de desenvolver, a contento, as novas atividades a ela, agora, inerentes, verificando-se uma tendência à descentralização administrativa, inspirada em propósitos de eficiência e de adequação técnica.

Primeiramente, deve ser dito que com a descentralização não se confunde a desconcentração.

Ambas são técnicas administrativas, próprias à Ciência da Administração. A desconcentração é uma técnica de organização que afeta, em princípio, a estrutura do órgão, na medida em que se refere apenas à divergência de competência. Ensina Marcello Caetano que "a administração está desconcentrada quando, em todos ou em alguns graus inferiores dos serviços, há chefes com competência para decidir imediatamente, embora sujeitos à direção, inspeção e superintendência dos superiores.[1] Na desconcentração ocorre uma distribuição de competência interna, a saber, dentro dos limites da mesma pessoa jurídica, persistindo a subordinação hierárquica. Já a descentralização não é mera distribuição interna de autoridade, ou melhor, simples irradiação de poderes nas mãos de muitos. No magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, descentralização "é a transferência de capacidade relativamente aos poderes que foram transferidos. Daí por que os agentes descentralizados não são subalternos nem agentes do poder descentralizado."[2] Nesta, não há poder hierárquico em relação à autoridade descentralizada, apenas o poder de tutela.

Em realidade, a desconcentração é uma técnica da Ciência da Administração de atribuição de competência, de divergência de poderes, enquanto que a descentralização é uma técnica de atribuição de capacidade política ou administrativa.

Para Caio Tácito, a desconcentração administrativa é o processo de liberdade de autonomia de gestão sem que se envolva a configuração de uma pessoa jurídica administrativa; já a descentralização administrativa implica na atribuição a um ente administrativo de personalidade jurídica própria.[3]

Num primeiro momento a descentralização administrativa dá-se sob a forma de autarquia: ente dotado de personalidade jurídica própria de direito público, com capacidade de autogovernar-se, sujeito, contudo, à tutela e vigilância da entidade criadora.

Em passo subseqüente, o Estado descentraliza as suas atividades por meio de concessões, autorizações e permissões de serviços públicos transferindo serviços às empresas privadas e a particular individualmente considerado.

Posteriormente, o Estado associa-se ao capital privado, criando-se as denominadas sociedades de economia mista, fornecendo uma parte e, muitas vezes, a maior parte do capital constitutivo da empresa, voltada quase sempre à realização de serviços públicos industriais ou comerciais.

Mais recentemente, surgem, mesmo não tendo ocorrido o declínio da sociedade de economia mista, como previsto por Bilac Pinto, as modernas empresas públicas, nas quais o Estado e outras pessoas da Administração indireta constituem os únicos detentores do capital social da empresa. Sociedades de economia mista e empresas públicas não prestam sempre serviços públicos, nem tampouco só serviços públicos industriais ou comerciais, mas e, sobretudo, produzem bens e serviços de caráter eminentemente econômico, próprios à atividade privada.

1 CAETANO, Marcello — Manual de direito administrativo, 1970, Tomo I, p. 246.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio — Natureza e regime jurídico das autarquias, 1968, p. 118.

3 TÁCITO, Caio — In: Separata de jurídica, nº 83, 1963, p. 3.

No dizer de Debbasch "as empresas públicas revelam que o Estado não mais se contenta em controlar ou orientar uma atividade. Por interposta pessoa, o Estado toma a si o encargo da empresa, para evitar toda e qualquer confusão com as administrações tradicionais".[4]

Como se vê, o Estado intervencionista determina não só um processo descentralizante de prestação de serviços públicos, como, também, a realização, por interposta pessoa, de atividades econômicas.

Cretella Jr., com sua peculiar acuidade, apercebendo-se deste fenômeno, apressa-se em caracterizar a descentralização como "uma transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas, transferência de 'atribuições administrativas', para ser exato".[5] Portanto, transfere-se a atribuição que é própria do Estado. Já as atividades de caráter econômico, que o Estado desenvolve por interposta pessoa, não são por ele transferidas, pois que não lhe são inerentes, mas sim próprias à livre empresa.

Para o exato entendimento desta atuação dicotômica do Estado, torna-se relevante precisar a noção de serviços públicos, bem como a de atividades econômicas.

3. *Serviços públicos e atividades econômicas na doutrina*

O Estado de hoje, por si, ou por interposta pessoa, presta serviços públicos e exerce atividades econômicas.

Estabelecer a diferenciação entre serviços públicos e atividades econômicas exercidas pelo Estado tem sido considerado pela doutrina nacional e alienígena de fundamental importância, mormente após a conscientização que a atividade estatal não se resume mais aos tradicionais serviços públicos, mas também alcança o domínio econômico.

Fernando Garrido Falla chega inclusive a atribuir a crise da noção de serviço público como conseqüência da moderna atividade industrial e econômica do Estado.[6]

Tal realidade leva a distinguir-se serviços públicos propriamente ditos ou administrativos dos serviços públicos industriais ou comerciais e estes das atividades econômicas do Estado.

A questão não é meramente acadêmica, como à primeira vista pode fazer crer, pois que da natureza da atividade exercida pelo Estado é que se define o regime jurídico aplicável: se presta serviços públicos, o regime jurídico aplicável é predominantemente de direito público; se realiza atividades econômicas, o regime jurídico é predominantemente de direito privado.

Fundamentalmente a questão é saber quando uma atividade desenvolvida pelo Estado, ou por interposta pessoa, pode ser considerada serviço público.

A resposta à questão não é uniforme na doutrina.

4 DEBBASCH, Charles — Droit administratif, 1968, p. 212.

5 CRETELLA JÚNIOR, José — Empresa pública, 1973, p. 123.

6 FALLA, Fernando Garrido — Las transformaciones del regimen administrativo, 1962, p. 145.

A matéria, por vezes, tem sido reduzida a um enfoque meramente positivista, qual seja, serviço público é o que a lei considerar como tal.

Benoit afirma que "por oposição às atividades privadas, as atividades de serviço público são então as atividades que as autoridades competentes decidem assumir segundo um regime de autoridade. A distinção entre serviços públicos e atividades privadas não decorre então da natureza das coisas, mas de uma vontade: o critério de serviço público não pode senão ser um critério intencional".[7]

Verdade é que a noção de serviço público, sendo do mundo jurídico, não pode ser tão-somente mera criação legal. O direito não é só fato, mas também norma racionalmente promulgada, segundo ordem de valores.

Helly Lopes Meirelles identifica ora "uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado pelos órgãos públicos, ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material visando defini-lo por seu objeto".[8]

Outras teorias procuram explicar a noção de serviço público: "a teoria do serviço público por natureza", "a teoria do serviço público virtual", "a teoria do fornecimento de prestações ao administrado", e "a teoria do regime exorbitante". Estas teorias, contudo, em que pese o mérito de realçar sempre um ou outro aspecto da problemática, não satisfazem. E não satisfazem porque os conceitos são estribados em posições ortodoxas.

A noção de serviço público deve ser alcançada a partir de um conceito indeterminado, aberto, plasmado em conformidade com as características do momento histórico. No dizer de Toshio Mukai, "o conceito de serviço público, por ser um conceito indeterminado, deve ser retirado também da natureza das coisas e não somente da vontade do legislador. Não é porque o legislador tenha outorgado o título de serviço público a uma determinada atividade econômica do Estado, que automaticamente se deva considerá-la como tal".

"É necessário que se conclua que a atividade em si, pelas suas características próprias e pelo valor que encerra, por natureza, para a sobrevivência da coletividade, possa ser considerada serviço público, para que se lhe possa reconhecer os privilégios; não é a partir dos privilégios (de *puissance publique*) que se deve reconhecer o serviço público, nem é a *puissance* uma característica imanente do serviço público, mas é pela existência do serviço público potencial que se lhe pode conferir a *puissance publique*."[9]

Está, pois, no âmago das considerações acima expostas a necessidade humana. Pode-se dizer que o serviço público decorre de uma necessidade pública, que é por sua natureza essencial, indispensável e, em decorrência, erigida pelo legislador como tal. O serviço público no sentido jurídico da expressão só aparece quando o legislador o eleva a tal condição; até então, o que há é tão-somente um serviço público potencial.

Portanto, todas as atividades — as tradicionalmente reservadas ao Estado e as

7 BENOIT, Francis-Paul — Le droit administratif français, 1968, p. 73/4.

8 MEIRELLES, Hely Lopes — Direito administrativo brasileiro, 1983, p. 264.

9 MUKAI, Toshio — Direito administrativo e empresas do Estado, 1984, p. 155.

de natureza industrial ou comercial — de interesse geral e que visam suprir necessidades essenciais da coletividade, assumidas legalmente pela Administração devem ser considerados serviços públicos (serviços públicos administrativos ou serviços públicos industriais ou comerciais).

A propósito, Laso apresenta idéias semelhantes ao definir serviços públicos "como o conjunto de atividades desenvolvidas pelas entidades estatais ou por suas mandatárias, para satisfazer necessidades coletivas impostergáveis, mediante prestações oferecidas direta e imediatamente aos indivíduos, sob regime de direito público".[10]

Em se tratando de serviço público, de serviços administrativos, haverá uma predominância do regime jurídico do direito público, enquanto que se serviços industriais ou comerciais, como regra predominará o regime jurídico de direito privado, como "desvios", "derrogações" e "exorbitâncias", de direito público, em face do interesse da coletividade.

Como ensina Debbasch, "o serviço público industrial e comercial está, em princípio, livre das prerrogativas e das sujeições do direito administrativo e sujeito ao mesmo regime de direito privado próprio às empresas privadas". "Qualquer que seja a natureza da atividade exercida, não se pode esquecer que o serviço público industrial e comercial constitui um serviço público."[11]

Como o Estado contemporâneo já não presta só serviços públicos, mas também realiza atividades eminentemente econômicas, próprias da atividade privada, torna-se, também, relevante estabelecer o critério de distinção entre serviço público industrial ou comercial e atividade econômica do Estado.

O que eleva uma certa atividade industrial ou comercial a serviço público é o interesse público. Quando o Estado admite que uma atividade econômica é necessária à coletividade, ao elevá-la pelos procedimentos legais cabíveis à condição de serviço público, estabelece um juízo de valor, reconhecendo-a como de interesse público.

Seria, pois, o interesse público o critério diferenciador entre serviço público industrial ou comercial e a atividade econômica exercida pelo Estado?

O critério do interesse público, por si só, não é suficiente para estabelecer o critério diferenciador, pois que implicaria em aceitar que o Estado realizaria atividades econômicas, sem interesse público, o que seria a negação da finalidade precípua do Estado, qual seja, a de servir a coletividade.

O serviço público industrial ou comercial e a atividade econômica devem refletir um interesse público. O que fixa, contudo, real diferenciação, é a natureza do interesse público, que pode ser estabelecida por um processo de valoração da materialidade de ambas as atividades.

O serviço industrial ou comercial apresenta um interesse público objetivo, na medida em que a atividade prestada pelo Estado contém em si mesma, pelas suas próprias características, claro interesse público, ou seja, é de necessidade coletiva. Já a atividade econômica desenvolvida pelo Estado também apresenta interesse público,

10 LASO, Enrique Sayagnés — Tratado de derecho administrativo, 1963, t. I., p. 65.

11 DEBBASCH, Charles — Instituitions administratives, 1975, p. 196.

só que subjetivo, na medida em que depende da valorização da Administração: não traz em si mesma o interesse público: mas se lhe atribui um interesse público.

Resume o Prof. Toshio Mukai — serviço público industrial ou comercial é aquele que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial, ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da Ordem Pública, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma Ordem (interesse público subjetivo).[12]

4. *Serviços públicos e atividades econômicas na Constituição do Brasil*

A atual Carta Constitucional do Brasil tem diretrizes perfeitamente definidas a propósito da matéria.

Precisa e elenca certas atividades como serviços públicos, reservando-as ao Estado. Alguns destes serviços, por implicarem em coerção estatal, só podem ser prestados pelo Estado: outros admitem a sua execução por interpostas pessoas públicas ou particulares.

No artigo 21 da Constituição do Brasil, encontra-se rol de serviços públicos constitucionalmente reservados à União, podendo-se destacar, entre outros, os de assegurar a defesa nacional (inc. III): emitir moeda (inc. VII); manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (inc. X); explorar os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações (inc. XI); explorar os serviços de radiodifusão sonora, de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações (inc. XII; "a"); explorar os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água (inc. XII; "b"); explorar a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (inc. XII; "c"); explorar os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território (inc. XII, "d"); explorar os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inc. XII, "e"); explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres (inc. XII, "f"); organizar e manter a polícia federal, a polícia rodoviária e a ferroviária federais (inc. XIV); organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia e cartografia de âmbito nacional (inc. XV); executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira (inc. XXII); explorar os serviços e instalações nucleares (inc. XXIII); organizar, manter e executar a inspeção do trabalho (inc. XXIV) etc. Outros serviços públicos são previstos na Constituição sem que, contudo, sejam reservados à União, como por exemplo, os inerentes à seguridade social (artigo 194); os relativos à educação (artigo 205); os referentes ao desporto (artigo 217); os pertinentes ao meio ambiente (artigo 225) etc.

A Constituição do Brasil, portanto, dispõe a respeito dos serviços públicos, mas

12 Cf. MUKAI, ob. cit., p. 183.

é preciso ficar claro que não esgota o rol destes serviços, mormente em face da moderna doutrina que acolhe o conceito indeterminado de serviço público.

No campo da atuação do Estado no domínio econômico, a atual Constituição consigna orientação em parte diferente daquela definida na última Carta Constitucional. Nesta, nítida era a sua inspiração neoliberal em que pese, na prática, o total desrespeito pelos governos autoritários. Já na Constituição vigente a inspiração é estatista, dando ao Estado competência para reger a economia, ao arrepio inclusive às regras de mercado.

Da leitura dos artigos 173 e 174 da Carta Magna vigente, percebe-se a dubiedade de princípios da nova ordem econômica.

No artigo 173, consagra-se um regime prestigiador da livre iniciativa, no qual se defere ao Estado participação na exploração direta da atividade econômica, apenas supletiva, se necessária aos imperativos da segurança nacional ou quando referir-se a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Em duas hipóteses, portanto, admite-se o Estado explorando diretamente a atividade econômica: por imperativo de segurança nacional e por relevante interesse coletivo. Nas duas hipóteses, os conceitos jurídicos correspondentes são indeterminados, tanto que os condiciona à prévia definição legal.

Ressalta-se, ainda, neste dispositivo a possibilidade da atividade econômica, na hipótese de relevante interesse coletivo, ser desenvolvida pela União, pelos Estados-membros e pelos Municípios, na medida em que é utilizado no seu texto o termo genérico Estado, na acepção ampla de sociedade política que, no sistema federativo como o nosso, alcança todas as sociedades políticas constitucionalmente institucionalizadas.

O mesmo já não ocorre na hipótese de segurança nacional por ser tal atividade exclusiva e restrita à União. Daí se conclui que a "lei" prevista no artigo 173 pode ser federal, estadual e municipal.

À margem da possibilidade de exploração pelo Estado da atividade econômica, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, há, ainda, a exploração monopolística da União nas hipóteses elencadas nos incisos I a IV do artigo 177, a saber: 1 — a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; 2 — a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; 3 — a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; e 4 — o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Nestes casos, a exploração monopolística é privativa da União, afastando-se qualquer possibilidade de participação semelhante por parte de Estados-membros e Municípios.

Já no artigo 174, em diapasão totalmente oposto ao constante do artigo 173, consagram-se, como atividade regular e permanente, outras formas de intervenção do Estado no domínio econômico. Não mais sob a forma de participação direta no processo econômico, mas sim regulando, planejando e fomentando as atividades econômicas. Como diz o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho "... não seria o mercado, como é típico de uma economia descentralizada (ou liberal), mas o Poder Público, segundo é próprio de uma economia de tipo centralizada (ou

soviética), que regeria a economia." E continua o mestre "... o artigo 174 prevê o planejamento, outro dos elementos de uma economia centralizada."[13]

Comparativamente com o artigo 163 da Emenda Constitucional nº 1/69, a inovação marcante do texto do artigo 174 é quanto à competência para disciplinar esta intervenção na atividade econômica. Naquele, a competência era exclusiva da União; neste, a competência, ao referir-se expressamente ao "Estado", alcança as três esferas de Governo (União, Estados-membros e Municípios). Excetua-se o disposto no § 1º, cuja competência é privativa da União, à vista do disposto no inciso IX do artigo 21 do nosso Diploma Maior.

Excluída, pois, a competência privativa da União para os planos nacionais e regionais. Estados-membros e Municípios poderão, também, desenvolver planejamentos econômicos, "ex vi" do "caput" do artigo 174 e no uso das respectivas competências concorrente, dos Estados-membros (artigo 24, I, da CF), e suplementar dos Municípios (artigo 30, II, da CF).

Também quanto ao fomento de atividades econômicas estão a União, Estados-membros e Municípios aptos a promovê-lo.

Deve ser registrada, ainda, a consagração do Diploma Constitucional o princípio da defesa do consumidor (artigo 170, inciso V), que por ser matéria de natureza concorrente é de competência legislativa da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal nos termos do inciso I, do artigo 24 da Constituição Federal, sem prejuízo da competência suplementar dos Municípios, esta assegurada por força do inciso II, do artigo 30 da Constituição.

Em síntese, o nosso Diploma Maior deixa sobejamente claro que o Estado tem funções de prestador de serviços públicos e funções de Estado empresarial, sem que, contudo, estas últimas sejam de natureza predominante.

A posição dos que vêm o Estado apenas como Administração Pública, sem reconhecer a sua face empresarial, não mais encontra respaldo do nosso ordenamento jurídico e muito menos na realidade nacional.

5. *Administração direta e institucional*

Nos tópicos anteriores, brevemente, foram analisadas a alteração política sofrida pelo Estado contemporâneo, assumindo as características de Estado intervencionista, o processo descentralizante decorrente deste fenômeno, questões pertinentes à noção de serviço público e à de atividade econômica, na doutrina e no direito positivo.

Neste tópico, é de se verificar como o Estado organiza-se para a prestação de serviços públicos e para a realização de atividades econômicas.

O Estado ora atua diretamente, ora por entes auxiliares, dotados de personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, distinta dele.

Reduzindo a atividade do Estado à prestação de serviços públicos, deixando conseqüentemente de lado as atividades econômicas estatais, em função das formas

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves — Curso de Direito Constitucional, 1989, p. 306.

e meios de sua prestação, é que se convencionou estabelecer a clássica divisão de Administração direta e indireta.

A doutrina nacional é pacífica ao entender que à Administração Pública cabem os serviços públicos. Administrar é gerir serviços públicos.

A Administração Pública é entendida como conjunto de órgãos integrantes da pessoa pública, que presta serviços públicos. Quando essa pessoa pública é o próprio Estado (União, Estados-membros, Municípios), fala-se em Administração direta.

Ao contrário, a Administração indireta seria a pessoa jurídica (de direito público ou de direito privado) que colabora com o Estado na gestão dos serviços públicos. Por exemplo, as autarquias, as fundações públicas, as concessionárias de serviços públicos, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quando prestando serviços públicos.

No dizer de Cretella Jr., "estabelece-se, desse modo, uma relação entre o centro, que é a Administração direta, e a periferia, que é a Administração indireta".[14]

Através da técnica da descentralização administrativa ou descentralização de serviços públicos, estes são transferidos do centro para a periferia como atividades típicas do Estado. Assim, não se descentralizam atividades econômicas não erigidas à condição de serviços públicos.

Com sabedoria, ensina Cretella Jr.: "O conceito científico derivado da natureza das coisas manda que se defina a Administração indireta, em razão dos serviços por ela desempenhados: Empresa pública e sociedade de economia mista incluem-se entre as entidades da Administração indireta quando, por exceção, exercem serviços públicos; ou quando desempenham atividades que o Estado, num determinado momento histórico-político, resolva colocar entre suas metas fundamentais, considerando-as públicas".[15]

Também no direito positivo brasiliero, está consagrada a clássica nomenclatura Administração direta e indireta. O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, com as alterações que foram introduzidas pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, dispõe:

Artigo 4º — A Administração Federal compreende:

I — A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II — A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

§ 1º — As entidades compreendidas na Administração Indireta consideram-se vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

14 CRETELLA JUNIOR, José — ob. cit., p. 134.

15 IDEM, Administração indireta no Brasil, 1980, p. 17.

§ 2º — Revogado.

Artigo 5º — Para os fins desta lei, considera-se:

I — Autarquia — o serviço autônomo, criado por Lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II — Empresa Pública — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por Lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III — Sociedade de Economia Mista — a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por Lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à união ou entidade da Administração Indireta.

Constata-se do texto supratranscrito e, portanto, de direito positivo, e a doutrina já exposta em descompasso. O direito positivo, ao procurar caracterizar a Administração Indireta e conceituar as entidades que a integram, confunde-se e inclui, como unidades da Administração indireta, a empresa pública e a sociedade mista, com exploração de atividades meramente econômicas. Doutrinariamente, para integrar a Administração indireta, há de se dar um processo descentralizante e só se descentraliza o que originariamente é atividade do Estado, ou seja, os serviços públicos. Não se pode descentralizar atividades econômicas, pois que estas pertencem, na nossa sistemática constitucional, à livre iniciativa. Ignorou o legislador as duas facetas da empresa pública e das sociedades de economia mista, quais sejam, a faceta de prestadora de serviços públicos e a de gestora de atividades econômicas.

Como prestadora de serviços públicos, empresa pública e sociedade de economia mista integram a Administração indireta; mas como realizadoras de atividades atípicas do Estado — atividades econômicas — não integram.

Impõe-se, em verdade, a adequação do direito administrativo a essas novas realidades. Na doutrina já se fala em Administração institucional, que compreenderia a Administração indireta e a Administração econômica; outros estudiosos já ofereceram nova classificação: Administração típica e Administração atípica. Há quem apresente, inclusive, proposta de legiferar-se a seguinte estruturação da Administração Pública: Administração Direta ou Centralizada; Administração Indireta ou Descentralizada e Administração Infradireta ou Pericêntrica.

Quer se dê o nome de Administração econômica ou Administração atípica ou de Administração infradireta ou pericêntrica, busca-se nesta nova espécie do gênero Administração Pública abarcar a gama de atividades econômicas desenvolvidas pela Administração e que não se coaduna com as funções estatais normalmente reservadas à Administração direta e à indireta.

Está caracterizada a necessidade de uma nova organização da Administração Pública.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

6. *Conclusões*

1. O Estado brasileiro, à esteira do Estado contemporâneo, está voltado aos problemas sociais e econômicos. É um Estado intervencionista que se caracteriza por interferir na ordem econômica e social, disciplinando-a, planejando e fomentando a ação da iniciativa privada e empresando diretamente a atividade econômica.

2. Como fenômeno correlato, o Estado brasileiro adotou um processo descentralizante de prestação de serviços públicos e passou, também, a atuar por interpostas pessoas no domínio econômico.

3. O conceito de serviço público não deve ser reduzido a um enfoque meramente de direito positivo, entendendo-o como o que a lei considerar como tal.

"É necessário que se conclua que a atividade em si, pelas suas características próprias e pelo valor que encerra, por natureza, para a sobrevivência da coletividade, possa ser considerada serviço público, para que lhe possa reconhecer os privilégios".[16] O que eleva uma atividade industrial ou comercial a serviço público é o claro interesse público objetivo, decorrente de suas próprias características.

A atividade econômica desenvolvida pelo Estado apresenta tão-somente um interesse público subjetivo, dependente da valoração da Administração, em face da política econômica do próprio Estado.

4. No plano do direito positivo, a Constituição do Brasil arrola uma série de serviços públicos como os de que tratam os artigos 21, 194, 205, 217, 225 etc., mas não esgota o rol, mormente se adotada a teoria do conceito indeterminado de serviço público.

5. Previu, também, a atual Carta Constitucional o regime da iniciativa privada, deferindo-se ao Estado, no domínio econômico, participação supletiva, na hipótese de segurança nacional ou em casos de relevante de interesse coletivo. É a face empresarial do Estado.

Para que não se aprofunde a contradição entre a forma como se apresenta, nos dias de hoje, a iniciativa econômica do Estado e os princípios relativos ao domínio econômico consagrados na Carta Política, seja limitada a sua atuação aos exatos termos constitucionais.

6. A tradicional concepção de Administração Pública — Administração direta e indireta — consagrada pela doutrina no direito positivo brasileiro, precisa ser repensada em face das atuais formas de manifestação do Estado no domínio econômico, executando atividades atípicas.

Conseqüentemente, faz-se necessária a adequação do direito administrativo a essas realidades, com a reorganização da Administração Pública, de maneira a abarcar a gama de atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado e que não se coaduna com as funções estatais normalmente reservadas à Administração direta e à indireta.

16 Cf. MUKAI, ob. cit., p. 159.