

Serviço Público e Serviço Industrial

(Subsídio para a sua distinção)

ODILON C. DE ANDRADE

ALGUNS Estados, com o intuito de controlar a atividade do Executivo, infelizmente nem sempre honestamente orientada no só rumo do interesse coletivo, incluíram, na sua Constituição, o preceito da intervenção legislativa para a concessão de serviços e venda de bens públicos, completado, numa ou noutra, pela formalidade de concorrência. (1)

2. Acontecendo que alguns têm riquezas naturais, ou mesmo estabelecimentos industriais, que vinham explorando ou podem querer explorar, mediante arrendamento ou outra forma de execução privada, ocorre examinar se aquelas disposições abrangem esses empreendimentos e os seus produtos, o que revivê os problemas até agora não resolvidos da conceituação de serviço e de bem público, acrescidos da sua eventual distinção do serviço industrial e respectivos produtos.

3. E surgem as perguntas: a) a exploração de riqueza natural, ou de qualquer outra indústria, constitui serviço cujo contrato com particular, no todo ou nalguma de suas fases, deve ser regido pelo direito administrativo, constituindo concessão equiparável à de serviço público? — b) o produto de indústria mantida pelo Estado é bem público, para o efeito de, prescrevendo a lei, só se poder vender mediante concorrência?

4. Todos sabemos a dificuldade de caracterização do serviço público, um dos escolhos onde têm naufragado os maiores mestres do direito administrativo; não nos move, por conseguinte, a pretensão de enfrentá-la e estamos, mesmo, inclinados a dizer que, materialmente, o serviço é indefinível, dada a variedade que assume e cada dia se multiplica, pela ação tentacular do Estado moderno, atingindo setores onde menos se conceberia.

5. Para o caso, porém, não é necessário penetrar no âmago do serviço, parecendo-nos que a questão pode ser resolvida pelo simples exame de suas exterioridades: é assim que, inicialmente,

embora a nossa legislação quase que só fale em “serviços públicos”, doutrina e jurisprudência estão mais ou menos concordes no fazer entre eles a distinção de *públicos*, propriamente ditos, e de *utilidade pública*, tendo em vista a diversidade entre as suas formas de prestação; e essa distinção vai bastar para solver a dúvida, visto como, se na essência podem ser confundidos, pelo menos indelimitáveis a contento, cada grupo tem, na sua prestação, uma particularidade sensível, que o extrema do outro e, ambos, das demais atividades acaso exercidas pelo Estado.

6. E com efeito, no serviço público propriamente dito, a prestação é sempre um trabalho, um *fazimento*, do servidor, no exercício de um poder legal de agir, neste ou naquele sentido, pró ou contra o cidadão, poder que se define em lei como atribuição ou competência e que, podendo envolver ação material, nunca dispensa uma operação intelectual prévia, mais geralmente única, que se reduz a escrito, salvo quando pela sua insignificância ou rotina, não exija escrituração (investigação de um crime, registros públicos, fiscalização de regulamentos, etc.); ao passo que, no serviço de utilidade pública, a prestação é sempre um proveito, uma *utilidade*, cujo fornecimento não induz exercício de competência mas simples cumprimento de obrigação de suprir e que só deixa vestígio no recibo da respectiva taxa (serviços de água, luz, transportes, etc.)

7. Não se presuma que, focalizando o objeto da prestação — trabalho, utilidade — pretendamos configurar e distinguir, só com esse elemento, os serviços públicos e de utilidade pública; basta considerar que essas prestações são corriqueiras no comércio jurídico privado para logo se perceber que não servem de diferença específica dos referidos serviços; muitas outras características, e principais (poderes exorbitantes de execução, por exemplo) os separam dos serviços privados de prestação parecida e, se para a dos públicos chamamos a atenção, é simplesmente porque, na variedade do que o Estado pode fazer, aquelas formas de prestação caracterizam as duas únicas espécies de atividade suscetíveis de *serviço*, donde o se poder concluir que o serviço público pressupõe, sempre, uma prestação de trabalho, e o de utilidade pública, uma prestação de utilidade,

(1) Minas — arts. 24, ns. VI e X, 155 e 156; São Paulo — Arts. 20, c) e 141; Pernambuco — art. 28, n.º V; Bahia — art. 28, n.º XIII, etc.

8. Cumpre observar que a recíproca não é verdadeira, isto é, pode ocorrer o caso de utilidade e trabalho fornecidos pelo Estado não constituírem objeto de serviço público; porque, para isto, não basta — já o frisamos — o conteúdo da prestação, sendo necessários muitos outros elementos, que exemplificamos com os poderes exorbitantes de execução, entre os quais assume relevo o monopólio do fornecimento.

9. Ora, explorando riquezas naturais ou qualquer ramo de indústria e vendendo os seus produtos a particulares, não lhes presta o Estado nem *trabalho*, nem *utilidade* no sentido que a esta palavra se dá em direito administrativo, de coisa que satisfaz necessidade geral, mais ou menos imprescindível, e, por isso mesmo, justificadora de intervenção e monopólio que lhe assegurem regularidade e constância de fornecimento; distribuindo aqueles produtos, que o cidadão não é obrigado a adquirir, de que não raro encontra similares (águas minerais, vacinas, etc.) e que se negociam como qualquer outra mercadoria, realiza o Estado uma operação comercial, que não tem a natureza nem reveste a forma de ato administrativo, não passando, pois, de compra e venda comum.

10. E como não se pode desligar a prestação do próprio funcionamento do serviço, que só ela visa, a conclusão é que não há por onde classificar como públicos — *lato sensu* — os serviços industriais do Estado, que comercialmente devem ser dirigidos e explorados, sem entraves administrativos, que só podem prejudicá-los, visto não serem reclamados pela natureza do serviço.

11. Não desconhecemos a maior ou menor amplitude que se pode dar à definição de serviço industrial: como tais alguns autores colocam os próprios serviços de utilidade pública, opinião esta illogicamente consagrada com relação apenas a alguns pelo Decreto-lei federal n.º 2.416, de 1940 (anexo 2, n.º 6); a verdade é que, se adotada essa opinião, pode haver fronteira comum entre serviços públicos e certos serviços industriais, aos *tipicamente* industriais (extração-manufatura) basta, para lhes tirar o caráter público, a possibilidade de sua integral gestão privada, para a qual não existe obstáculo é que muitos preconizam: Waline — “Manuel Élémentaire de Droit Administratif” — pág. 50; Hauriou — “Précis de Droit Administratif” — 11.ª edição, pág. 915-17; frisando este último, com perspicácia, que o serviço se torna privado

“non pas tant parce que la procédure publique fait défaut que parce que la puissance publique n'y a plus aucun emploi” (pág. 918).

12. Se a natureza do serviço o exclui da exigência constitucional em começo referida, também quanto aos *produtos* não se justifica a sua aplicação; e isso porque, sendo a inalienabilidade *peculiar* aos bens públicos (art. 67, do Cod. Civil) em razão do seu destino ou emprêgo — uso comum, uso especial, constituição de patrimônio — toda e qualquer regra posta à sua alienação

só se pode entender relativa aos que têm a *peculiaridade*, e são todos imóveis.

13. A exemplificação do art. 66, do Cod. Civil, não deixa dúvida sobre esse ponto; e se ocorresse bastaria um retrospecto à tradição do nosso direito para logo se convencer de que *bens públicos*, entre nós, sempre foram somente os imóveis (Felício dos Santos — “Projeto” — arts. 199-201; Coelho Rodrigues — “Projeto” — art. 144; Teixeira de Freitas — “Consolidação” — art. 52; Carlos de Carvalho — “Nova Consolidação” — arts. 197-201); o que, aliás, apenas traduzia a doutrina corrente (Coelho da Rocha — “Direito Civil” — vol. I, pág. 57; Ribas — “Direito Civil” vol. 2, pág. 289).

14. Fieis a essa tradição, todas as leis concernentes ao regime de bens públicos só cuidam dos imóveis, sem referências a outras coisas pertencentes ao Estado, sendo disso bom exemplo o Decreto-lei federal n.º 9.760, de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, prescrevendo, para a sua alienação, a hasta pública; com esse caráter de generalidade não nos consta que os Estados hajam legislado, o que deve ser atribuído à pouca variedade do seu domínio patrimonial.

15. Com relação a móveis no sentido de aparelhamento e guarnição, ainda se pode encontrar uma ou outra referência, como a que lhes faz o Decreto federal n.º 4.536, de 1922, que os inclui entre os bens públicos, de par com os imóveis, e sob a denominação de “material permanente ou de consumo” para sujeitá-los a inventário e contabilidade (art. 82); os produtos industriais, porém, nunca foram havidos, entre nós, como bens públicos, para efeito do regime legal a que se acham submetidos, sendo de notar, como decisivo a respeito, que, ao contrário do que acontece com os mesmos, a peculiaridade de tais produtos está no *destino à venda*, o que repele formalidades que só concorreriam para entravá-la.

16. Não nos parece, à vista do exposto, que os textos constitucionais em começo referidos, pertinentes a serviços e bens públicos estaduais, devam ser aplicados a serviços e produtos industriais, para os quais tudo indica o regime de direito privado; não sendo, ao demais, razoável, pôr em risco o bom êxito de empresa ou negócio do Estado, com formalidades que não se ajustam à natureza dos mesmos, só porque, num ou noutro caso, o gerente pode não ser honesto.

17. O interesse de uma boa distinção entre serviços públicos e serviços industriais do Estado não é puramente acadêmico, como superficialmente pode parecer, visto que dela decorrem, por imperativo de lógica, conseqüências práticas da maior importância, que não têm sido devidamente consideradas e não podem deixar de impressionar a quem entenda do assunto.

E' assim que, justificando o serviço público o uso de poderes exorbitantes do direito comum

— e nêles baseia Jêze a sua definição — lícito seria ao Estado, por exemplo, impor a aquisição do produto; se conviria, ou não, fazê-lo, não vem ao caso, pois o que importa é a tese, evidentemente perigosa.

Por outro lado, seja qual fôr o conceito que se faça do serviço público, todos concordamos em que só êle comporta cargo público, pelo qual o Estatuto ora define o funcionário público: e funcionários passariam a ser todos os que trabalham nos serviços industriais.

Finalmente, na hipótese de prejuízo causado pelo serviço, a responsabilidade do Estado seria regulada, não pelos arts. 1 521 e 23, do Código Civil, mas pelo art. 15, que é quase uma responsabilidade por risco, ficando o Estado em situação inferior a do simples particular — patrão, que ao menos pode provar que não concorreu para o dano com culpa ou negligência de sua parte.

A distinção é, pois, necessária, e muito fôlgaremos se para ela concorrer a modesta contribuição do presente estudo.