SERVIÇOS PÚBLICOS E SERVIÇOS DE UTILIDADE PÚBLICA — DISTINÇÃO

— Os serviços públicos e os de utilidade pública se dirigem ambos à coletividade; o que os distingue é a intensidade do caráter público, o grau da utilidade imediata que nêles se contém.

— Para que se possa justificar a intervenção do poder público numa atividade privada, vinculada a um serviço de utilidade pública, é preciso que essa não possa existir, sôzinha, sem a ajuda daquela atividade.

PARECER

De tôda a discussão existente sôbre a conceituação de serviços públicos e de utilidade pública, colhe-se que há entre ambos um corno que denominador comum: o caráter público do serviço.

Diferençados pela “utilidade imediata, que é social nos primeiros e individual nos segundos” (ODILON DE ANDRADE, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, 1937, pág. 56), os serviços públicos e os serviços de utilidade pública mantêm aquêle traço de ligação, ou melhor, aquêle ponto comum de partida — o caráter público.

Tomando êsse caráter público no sentido de repercussão coletiva, êle variará de intensidade, na razão da *utilidade imediata*, sendo maior nos serviços públicos e bem menor nos de utilidade pública.

A *utilidade imediata* é a medida do caráter público, o que vem a dizer, do traço comum de legação entre ambas as espécies de serviço.

Nos primeiros, a utilidade dirá respeito à coletividade, à sociedade, nos segundos, ao indivíduo isolado. Haverá, sempre, entretanto, o caráter público, com maior intensidade naqueles, com menor nestes, conforme a utilidade imediata.

Exemplificando: no serviço estadual de saúde, a utilidade imediata é inegável e essencialmente social, pairando o indivíduo num plano secundário; no serviço de comunicação telefônica, a utilidade, o proveito individual é imediato, relegando-se a coletividade para uma posição mediata.

Todavia, quer no serviço de saúde, quer no serviço telefônico há o denominador comum — o caráter público do serviço, elemento essencial e indispensável.

Em síntese :

Os serviços públicos e os de utilidade pública se dirigem, ambos, à coletividade, porque ambos contêm a utilidade imediata a que se refere ODILON DE ANDRADE. O que os distingue é o grau, a intensidade do caráter público, cuja medida é obtida pelo grau ou intensidade dessa mesma utilidade imediata.

Tôda vez, portanto, que em um serviço (melhor diríamos, uma utilidade), cujo proveito imediato é individual, não se encontre o caráter público — não se terá um serviço de utilidade pública, isto é, um serviço de que a execução o poder público, pela declaração da utilidade, pode avocar ou conceder a particular determinado, em justo detrimento dos demais particulares, o que quer dizer, em justo detrimento do postulado da liberdade de comércio.

Não poderá, assim, o poder público declarar a utilidade, e, em consequência, exercitar ou conceder a execução, de uma atividade particular que não possui o caráter público mediato. Se o fizer, estará cerceando, inconstitucionalmente, a liberdade de comércio.

É, precisamente, o que sucederá, na espécie, se se concretizar a declaração de utilidade pública pretendida pelo projeto de fls.

O serviço de fabrico de gelo é uma atividade privada que não possui o caráter público imediato necessário à declaração de utilidade, com a consequente exploração ou concessão de exploração.

Para reforçar essa asserção, que, a rigor, dispensaria comentários, de meridiã que é, basta considerar que tôdas as atividades privadas comerciais possuem, seja latente, seja liberto, um certo proveito coletivo, consubstanciado na compra, na aquisição do produto — o que, já por si só, invalida as alegações do Sr. Prefeito, quando arrola, em sua exposição de fls., os vários proveitos sociais do fabrico do gelo...

Não é o fato incontestado de a atividade privada envolver vagos proveitos sociais, proveitos que estão a se confundir com necessidades voluptuárias, que justificará a intervenção coercitiva do poder público com a declaração da utilidade pública. Se fôra assim, ter-se-ia a negação do comércio, a insegurança, a *debâcle*, o terror dos indivíduos, cuja atividade comercial a qualquer momento poderia ser cerceada pela intervenção pública sob a só razão de traduzir uma utilidade voluptuária.

Ainda que o fabrico do gelo se entrose com serviços de utilidade pública, como, entre outros, os de alimentação a que se reporta o Sr. Prefeito, não haverá razão para a declaração de utilidade. Isto porque tais serviços de alimentação poderão existir sem a atividade entrosada do fabrico de gelo.

Para que o fato de que uma atividade privada, porque se entrosa com um serviço de inegável utilidade pública, ou mesmo serviço caracterizadamente público possa justificar a intervenção do poder público, é preciso que essa utilidade pública não possa existir sôzinha, sem a ajuda daquela atividade privada. Desde que os serviços ou razões apontados pelo Sr. Prefeito (indústrias congêneres; criação de suínos, aves, gado leiteiro; plantação de árvores frutíferas; maior possibilidade de trabalho; saúde pública; medicina; casas especializadas em sorvetes) possam subsistir, isolados, isto é, sem uma indispensável entrosagem com o fabrico de gelo, não há como declarar a utilidade pública dêste, com o consequente monopólio de exploração.

Pelo seu caráter intrinsecamente privado, sujeito à lei da oferta e da procura, eis que se trata de indisfarçável mercância, o gelo traduzirá sempre uma utilidade voluptuária, tomada esta nos justos termos que a afastam do caráter público a que nos referimos no início dêste parecer, e que é o denominador comum dos serviços públicos e de utilidade pública.

Entendemos, por todo o exposto, que não merece acolhida dêste Conselho o projeto de fls. A declaração de utilidade projetada, com o conseqüente privilégio, como o quer o sr. Prefeito, não resistiria a menor interferência do judiciário, o qual, chamado pelos particulares prejudicados, agiria como o sol sobre o gêlo...

Haverá, não obstante, outros meios de o Município promover a obtenção do fim colimado, entre êles o da isenção para as indústrias que se estabeleçam em determinado período (*intervenção branca*, como lhe chama o citado ODILON DE ANDRADE).

Como argumentação final de nosso parecer, há a considerar que, no caso, o sr. Prefeito não alega concorrência prejudicial, de vez que no Município não há o fabrico do gêlo.

Se houvesse essa concorrência prejudicial, e se ela perdurasse, não obstante a intervenção branca do Município (isenção, regulamentação da venda, fixação de preços, etc.), então, sim, seria o caso de o Município declarar a utilidade, pois que o mau comércio da necessidade voluptuária estaria a prejudicar a coletividade.

Na espécie, entretanto, onde não há concorrência, mas ausência, o caminho será tão só aquêle : o fomento da indústria. E, caso esta não surja, apesar das facilidades fiscais, o Município poderá, êle próprio, explorar a indústria. Mas como particular, sob regime da livre concorrência, só podendo intervir, pela declaração, na hipótese de que essa concorrência esteja a prejudicar a coletividade, ponto em que finalizamos o nosso parecer, para não construir um círculo vicioso.

De momento, nada há que justifique a declaração pretendida pelo projeto.

Esse o nosso parecer.

S.M.J.

Telmo Vergara Consultor Técnico do Conselho Administrativo do Estado do Rio Grande do Sul.