

RAFAEL ANTONIO BALDO

**O SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO CIDADÃO:
INSERINDO A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA EVOLUÇÃO ESTATAL.**

CURITIBA
2005

RAFAEL ANTONIO BALDO

**O SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO CIDADÃO:
INSERINDO A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA EVOLUÇÃO ESTATAL.**

Monografia apresentada ao Núcleo de Monografias como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier.

CURITIBA
2005

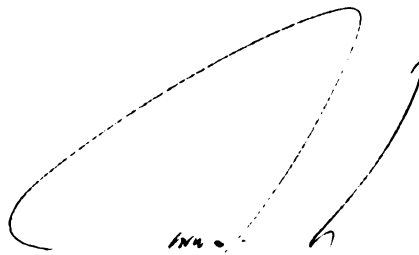
RAFAEL ANTONIO BALDO

TERMO DE APROVAÇÃO

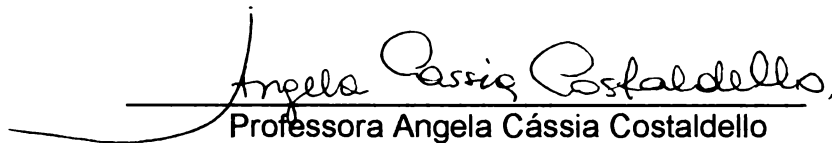
O SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DO CIDADÃO:
INSERINDO A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA EVOLUÇÃO ESTATAL.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:



Professor Pedro Henrique Xavier



Professora Angela Cássia Costaldello



Professor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, 14 de outubro de 2005

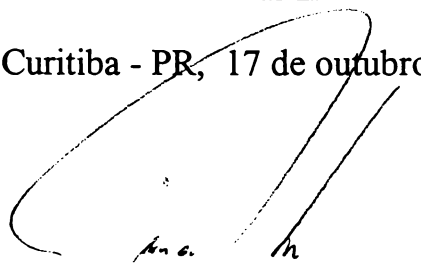


Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico **RAFAEL ANTONIO
BALDO**


Aos dezessete dias do mês de outubro 2005, às 08:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo Acadêmico *Rafael Antonio Baldo*, sobre o tema, “O SERVIÇO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DA GARANTIA DO CIDADÃO: INSERINDO A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA EVOLUÇÃO ESTATAL”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, *Pedro Henrique Xavier (orientador)*, *Romeu Felipe Bacellar Filho* e *Angela Cássia Costaldello*, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 e 10,0 ; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.: _____

Curitiba - PR, 17 de outubro de 2005



Prof. Pedro Henrique Xavier



Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho



Prof.^ª Angela Cássia Costaldello

Agradeço não só à Deus, por ter instigado em mim um novo interesse pelo conhecimento acadêmico, mas também à paciência de minha família e de meus amigos.

*Seria melhor pra mim que a minha lira ou um coro
que eu dirigisse fossem desafinados ou estridentes
com dissonâncias, e que multidões de homens
discordassem de mim do que eu, sendo um só,
estivesse em desarmonia comigo mesmo e me
contradisresse.*

Sócrates.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. O SERVIÇO PÚBLICO ENQUANTO INSTITUIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL.....	3
3. BREVE EXPOSIÇÃO DOS ELEMENTOS DOUTRINÁRIOS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	6
4. HISTÓRICO ACERCA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO ESTATAL.....	14
4.1. Os Primórdios do Serviço Público.....	15
4.2. O Serviço Público no Estado Liberal.....	16
4.3. O Serviço Público e o Estado Social.....	21
4.4. Decadência do Estado Social e desprestígio dos serviços públicos.....	29
4.5 A gênese do Estado Subsidiário e a “setorização dos Serviços Públicos”.....	34
5. A REVALORIZAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	47
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

RESUMO

As linhas vindouras versarão sobre o papel do serviço público enquanto instituto jurídico e social, o que facilita a percepção de sua mutação, de acordo com evolução política da Sociedade. Contudo, tal tarefa deve ser precedida pela breve exposição dos elementos dogmáticos da noção de serviço público, em torno de seus principais teorizadores, como Duguit, Hauriou, Jèze e Bonnard, e de seus respectivos critérios doutrinários, quais sejam, orgânico, funcional e formal, mostrando ainda quais são as definições brasileiras mais marcantes, diante da necessidade de se peneirar as teorias européias, que geralmente influenciam a doutrina pátria. Somente assim será possível a inserção do instituto do serviço público na evolução estatal, com o intuito de verificar que, em cada tipo de Estado, ele exercerá uma função diferente, ora restrita, ora ampla. Almeja-se, igualmente, mostrar como foi o tratamento conferido ao serviço público nas transições entre os Estados Mínimo e Social e deste para o polêmico Estado Regulador, em cujo contexto adquiriu destaque o princípio da subsidiariedade, que tomou a função de legitimar as mudanças na estrutura estatal em prol de uma ideologia aparentemente libertadora do homem. De conseguinte, as transformações sofridas pelo Estado avocaram, por diversas vezes, a temática da crise conceitual do serviço público, havendo, até mesmo, quem afirmasse a sua morte jurídica. Em que pese a manutenção da vitalidade jurídica do instituto, a construção do atual paradigma tem ensejado uma mudança teleológica da noção de serviço público, que deixou de focar a intervenção estatal para priorizar a atuação da iniciativa privada. Nesse sentido, a preservação dos direitos fundamentais do homem contra a cobiça do mercado e a ineficiência da obsoleta máquina estatal deve contar com a colaboração do instituto do serviço público, estimulando sua função garantidora.

Palavras-chave: Serviço Público; Estado Subsidiário; princípio da subsidiariedade; garantia dos direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO:

Desde o seu desenvolvimento doutrinário no final do século XIX, a noção de serviço público sempre foi alvo de várias críticas, o que acabou por propiciar constantes mutações em sua estrutura teórica. A fluidez do conceito é tão intensa a ponto de se afirmar que, durante sua existência no âmbito do direito, ele vivenciou mais crises que tempos estáveis. Disso se infere que, além de ter seu préstimo jurídico na operacionalização de grande parte das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, o serviço público parece exercer paralelamente uma função misteriosa em prol dos interesses do Estado, sempre justificando a dimensão de suas competências e de suas prerrogativas.

No final do século XX, o definhamento do Estado frente ao enfoque conferido à atuação dos particulares ensejou uma onda de discussões doutrinárias acerca da noção do serviço público. Novamente, o instituto precisou passar por transformações estruturais e conceituais, a fim de se enquadrar nas mudanças econômicas, políticas e sociais. Num contexto de reanimação dos dogmas liberais clássicos, há indícios de que o instituto do serviço público passou a legitimar, de uma outra forma, as relações sociais travadas entre o Estado e os cidadãos. De conseguinte, torna-se indispensável compreender as atuais mutações por que passa a noção de serviço público.

Contudo, a correta compreensão das fases perpassadas pelo instituto encontra guarida em sua inserção histórica. Noutras palavras, busca-se uma noção de serviço público em harmonia com o direito vivo, próximo da realidade social e distante das abstrações teóricas que se fecham em seus sistemas autopoieticos e generalizantes. Aliás, as teorias universais já não têm espaço num contexto de reanimação da solidariedade orgânica, onde prevalece a ordem da especialização das ações sociais. Na linha do Historicismo Crítico¹, a abordagem vindoura levará

¹ Fernando Herren Aguillar, em sua obra "Controle Social de Serviços Públicos", mostra-se adepto do Historicismo Crítico, enquanto método alternativo entre o jusnaturalismo abstrato e o indiferente positivismo pragmático, salientando que uma análise jurídica deve observar cada momento histórico, bem como a realidade concreta de cada localidade. Após expor as diferenças das formas de assimilação do capitalismo coletivo, da crise do Estado do Bem-Estar Social e do fenômeno da globalização entre as potências centrais e os países periféricos, o autor afirma, às fls. 28, que, "os fatos sociais (neles incluído o fenômeno jurídico) têm condicionantes locais e externas. O enfoque

em conta a relação dialética entre a teoria do direito e as relações sociais, lutando contra a natural tendência de especificação científica, em favor do intercâmbio disciplinar.

Igualmente, não se descuidará dos perigos da importação integral das teorias tradicionalmente formuladas pelos países centrais, principalmente pelos países da Europa continental. Ora, nem todo o modelo administrativo francês pode ser adotado no Brasil, o que faz com que o instituto do serviço público seja assimilado de forma diferente. Assim, a exposição da evolução do Estado e da noção de serviço público no núcleo da Tradição Teórica Central será promovida com o intuito de mostrar a sua influência nos países periféricos e de indicar a necessidade do *maná doutrinário europeu* ser salpicado com o tempero tupiniquim.

Nessa esteira, o presente trabalho subdivide-se em três partes. A primeira será integrada pelos itens II e III e visará ao embasamento conceitual dos serviços públicos. Essa base indispensável é estruturada pelo alicerce sociológico, já que analisa o serviço público como instituto social, e pelo alicerce doutrinário, mediante a exposição da teoria do serviço público. Já a segunda parte, correspondente ao item IV, abordará a inserção da noção de serviço público no decorrer da evolução da própria figura estatal, na tentativa de mostrar que o serviço público, não raro, é vítima de uma manipulação conjuntural. Agrupando os itens V e VI, o último bloco procurará expor a função exercida pelo instituto do serviço público em tempos de redução estatal, mostrando, para tanto, as atuais variações terminológicas.

Enfim, a instigante e atraente noção de serviço público precisa ser analisada num enfoque mais abrangente, com o fito de a vincular à História, à Sociologia e às Ciências Políticas, já que as análises estritamente intradisciplinares debruçaram-se sobre questões dogmáticas, olvidando a sua posição de destaque num direito administrativo que privilegia o cidadão participante.

localizado tende a perder a dimensão do conjunto. O enfoque externo perde contato com as particularidades do direito vivido". (AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, 1999, pp. 20-28.) Não é por outra razão que se buscará uma evolução estatal nos moldes europeus, temperando-a com a história nacional.

2. O SERVIÇO PÚBLICO ENQUANTO INSTITUIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL:

Indubitavelmente, analisar o conceito de serviço público implica adentrar numa seara demasiadamente nebulosa, já que sua trajetória informa o quão flexível a noção de serviço público precisa ser para se adequar à conjuntura política-social. Assim, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas.”²

Oriunda das Ciências Políticas³, após a sua inserção no universo jurídico através das jurisprudências francesas⁴, a noção de serviço público sofreu discrepantes variações em seu enfoque, eis que ora fora considerada a Pedra Angular do Direito Administrativo⁵, ocupando posição de destaque no direito público, ora fora entendida como instituição sem préstimo jurídico, havendo quem falasse em morte do serviço público⁶. Como assevera Gilles J. Guglielmi, “la notion de service public est une notion centrale du droit administratif, mais elle est aussi par contrecoup une notion abondamment critiquée”.⁷

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed, 1997, p. 297.

³ Consoante Dinorá Grotti, “atribui-se a Rousseau o uso originário da expressão *serviço público*. Em um texto do *Contrat Social*, assinala Meilán Gil, a expressão aparece pela primeira vez, abrangendo qualquer atividade estatal”. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*, 2003, pp. 20-21).

⁴ Destaca-se aqui a importância para o Direito Administrativo do *arrêt Blanco*, que se tornou um divisor de águas no Direito francês, já que, a partir de então, surgia não só a primeira teoria publicista referentes à responsabilidade estatal pelo *faute de service* (culpa do serviço), mas também o critério de divisão entre as jurisdições administrativa e comum. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., 2004, pp. 48-49 e pp. 547-548).

⁵ Tal expressão foi utilizada por Gaston Jéze em sua obra *Principios Generales del derecho administrativo*, que expressa o ápice vivenciado pela Escola de Serviço Público a que pertencia, vinculando o serviço público a um procedimento derogatório do direito comum. Para uma abordagem mais profunda acerca do destaque de Gaston Jéze na doutrina administrativa ver: JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*, 2003, pp. 43-45).

⁶ Segundo Dinorá Grotti, “Dentre os que negam o préstimo jurídico a noção e têm uma concepção negativista sobre a situação atual e o futuro dos serviços públicos, sobressai Gaspar Ariño Ortiz, que, em seus diferentes estudos sobre esta matéria, sustenta que seu ciclo terminou, cumpriu sua missão” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 146).

⁷ GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*, 1994, p. 19. Na mesma página, o autor francês assevera que o instituto do serviço público é intrinsecamente cambiante porque “les notions juridiques ne sont ni fixes, ni susceptibles de délimitation absolue. Sous le même terme de service public, les juristes d’époques différentes recouvrent des réalités différentes, et pour un usage différent.”

Não é por menos que a doutrina destaca, com frequência, a fluidez do tema referente ao serviço público, sendo considerado um dos tópicos mais problemáticos do Direito Administrativo, já que o instituto assumiu diversas configurações desde o século XIX. Seu conceito sofreu grande dilatação no Estado Social e passou a abarcar não apenas todas as atividades estatais, mas também inúmeras atividades privadas. Assim, como salienta Marçal, “a evolução política deste século pode ser retratada por meio das variações do conceito de serviço público”.⁸

O motivo pelo qual o tema reveste-se de tal flexibilidade ou nebulosidade pode ter guarida no cunho abstrato que macula a noção de serviço público. Afinal, a atividade prestacional do Estado é visualizada como um meio de concretização, no âmbito social, do interesse público, do bem estar geral, da dignidade da pessoa humana, cujos conceitos demandam constante exegese para a manutenção dos preceitos constitucionais, alterando conseqüentemente as bases conceituais do serviço público.⁹

Mister ainda destacar a natureza institucional dos serviços públicos, pois, assim como as demais as instituições jurídicas, eles estão intimamente vinculados às relações entre o Estado e a sociedade, existentes no momento histórico em que se desenvolvem. Noutras palavras, o serviço público constitui um elo entre o plano normativo formal e o plano material, já que a sua prestação, sob égide ou controlo estatal, constitui uma forma de realização dos interesses constitucionalmente escolhidos pelo povo.

Ademais, em razão da necessidade de conformação da sociedade pelas instituições jurídicas, o serviço público pode ser ainda entendido como um instrumento de manutenção da estrutura sistêmica social. Como disserta Marçal Justen Filho, “o serviço público institucionalizado transcende a identidade e a existência das pessoas físicas e jurídicas, passando a ser um elemento formador da

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 19.

⁹ Para Fernando Herren Aguillar, uma teoria que se embasa em palavras abstratas e subjetivas de difícil precisão ou assimilação, como “interesse público”, “bem estar coletivo”, “necessidades públicas”, refletem um “conceito *essencialista*, porque pretende deduzir a essência atemporal do serviço público, e assim insuscetível de transformar-se no tempo.” (AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 113).

vida social. Como uma instituição social, o serviço público norteia a conduta das pessoas”.¹⁰

Semelhantemente, Álvaro E. Mora Espinoza sustenta que, “el servicio público es un servicio técnico prestado de una manera regular y contínua para la satisfacción del orden público y para una organización pública”.¹¹ Assim, como asseguram a organização pública e, em última análise, a manutenção de um determinado tipo estatal, os serviços públicos relacionam-se diretamente com o papel do Estado¹², com a intensidade de sua intervenção na economia e com a definição de suas atividades tidas como precípuas.

Embora a noção de serviço público também varie em razão da evolução tecnológica, que proporciona a criação ou a extinção de necessidades coletivamente sentidas¹³, o processo histórico evidencia que a sua mutação advém principalmente da forma proposta de Estado num dado período histórico, dependendo da concepção política retirada da realidade concreta de uma sociedade.¹⁴ De conseguinte, por ser função dos estudiosos o enquadramento do “plano teórico”¹⁵ ao *status quo* vigente, Fernando Herren Aguillar ainda nota que, “os conceitos existentes sobre o serviço público oscilam historicamente, como também oscilam segundo provenham desta ou daquela escola do pensamento jurídico”.¹⁶

Contrapondo a opinião de Hely Lopes Meirelles, para quem “não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem *serviço público*, porque variam

¹⁰ Marçal frisa ainda que “o serviço público é uma instituição, consistindo-se em uma estrutura social produzida por esforços conjuntos de uma pluralidade indeterminada de sujeitos, que conjugam permanentemente seus esforços em vista de um conjunto de valores e ideais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2005, p. 481).

¹¹ ESPINOZA, Álvaro E. Mora. “La prestación de los Servicios Estatales”. *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*, 2004, p. 132.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p.16.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 493.

¹⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima López, “O Novo Conceito de Serviço Público”. In: VVAA, *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, 2004, p. 511.

¹⁵ Segundo Peter Berger e Thomas Luckmann, “um tipo historicamente importante de especialista (...) é o intelectual, cuja capacidade especializada não é desejada pela sociedade em conjunto”. Para os autores, enquanto o teórico “oficial” (da ideologia vigente) rege os programas institucionais, isto é, atua no núcleo, legitimando o *status quo*; o intelectual atua num vazio institucional ou, no máximo, atua numa subsociedade de intelectuais, cuja condição de existência é um mínimo de pluralismo.(BERGER, Peter I. LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 5ª. ed., 1983, p. 159.)

¹⁶ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 112.

segundo as exigências de cada povo e de cada época”¹⁷, Lúcia Valle Figueiredo afirma que, ao conceito de serviço público aderem-se “idéias fundamentais que permitem a constatação de que, apesar da areia movediça que envolve a sua definição, a importante atividade prestacional do Estado, qualquer que seja a província de sua incidência, aparece ornada por características básicas e comuns.”¹⁸ Noutras palavras, embora o conteúdo concreto do serviço público varie em cada nação, sua estrutura conceitual é semelhante nos diversos países.

Assim, apesar das diferentes características entre os países centrais e periféricos, é possível traçar uma breve evolução doutrinária comum acerca da noção de serviço público de origem europeia. Objetiva-se estruturar um núcleo conceitual de tal noção, em cuja órbita rodeiam os fatores cambiantes do plano material. Somente assim será possível a posterior compreensão acerca da função institucional e legitimadora que os serviços públicos exercem em cada tipo de Estado, adaptando-se às necessidades de cada conjuntura política.

3. BREVE EXPOSIÇÃO DOS ELEMENTOS DOUTRINÁRIOS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO:

Não há dúvidas de que a evolução da noção de serviço público coincidiu com a ascensão do Estado Social. Ora, era preciso encontrar um fundamento para a sujeição do Estado ao direito, superando a idéia anterior de que a atuação estatal escorava-se apenas sobre seu poder absoluto e soberano, isto é, sobre a *puissance publique*. Nesse sentido, a instituição estatal não podia ser considerada mero veículo de força (*ius imperium*), mas deveria produzir utilidades concretas para o povo, já que era a instituição mais estruturada, complexa e hierarquizada da sociedade. Segundo Mônica Spezia Justen, “isso representou uma significativa mudança no modo de o Estado se relacionar com os cidadãos: passou de titular absoluto de poder a titular de obrigações, num regime de sujeição integral ao direito”.¹⁹

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *op cit* p. 297.

¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., p. 78.

¹⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 21.

Não tardou para que o novo paradigma político surtisse efeitos sobre as jurisprudências administrativas²⁰ e sobre a doutrina européia²¹. No sentido de delimitar a competência do contencioso administrativo e o campo de aplicação das regras administrativas, despontam-se os célebres “acórdãos *Blanco* e *Terrier*”²². Enquanto o caso *Blanco* fixou a competência da jurisdição administrativa para as questões que envolvessem a responsabilidade estatal pela má prestação de serviços públicos, mesmo que revestidos de caráter comercial e industrial, o arresto *Terrier* estabeleceu que o contencioso administrativo somente seria competente para os casos em que se verificasse a gestão pública de uma atividade prestacional, do que se depreende a imprescindibilidade de agentes públicos para a constituição de um serviço público.²³

Nesse diapasão, a relação de mútua influência entre a jurisprudência e a doutrina ficou constatada pela exacerbação teórica do caso *Blanco*, afinal, a noção de serviço público a que aludia o acórdão era desprovida de um sentido específico na época. Segundo Dinorá Grotti, somente trinta anos após o seu julgamento, o arresto *Blanco* voltou a ser objeto de estudos teóricos, implicando uma manipulação

²⁰ A partir do momento em que o Estado apoderou-se de atividades privadas através dos atos de *publicatio*, passando-as para o domínio público, foi natural e inquestionável o destaque conferido pelos Tribunais ao tema referente aos serviços públicos.

²¹ Em que pese as diferenças entre os ordenamentos jurídicos entre os países centrais e periféricos, toma-se o Direito Administrativo francês como objeto de análise, diante da influência de seu modelo administrativista sobre os demais países da Europa e sobre os países da América Latina, que sempre importaram parcial ou totalmente as teorias centrais, nem sempre respeitando as diferenças locais. Segundo Mônica Spezia Justen, “não se vai encontrar em nenhum outro país europeu uma doutrina tão desenvolvida sobre esse tema, equivalente ao que se vê na França. Todos os demais países (...) apresentam, em maior ou menor grau, alguma influência do direito francês, mas não deram importância semelhante ao tema.” (JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 19). É necessário lembrar ainda a diferença entre os sistemas jurídicos francês e brasileiro, no que tange à divisão da Jurisdição em suas competências comum e administrativa, devendo o jurista pátrio ter as cautelas necessárias quando for realizar a análise comparativa.

²² Marco inicial da noção de serviço público, o arresto *Blanco*, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 08 de fevereiro de 1873, referia-se ao pedido de indenização formulado pelo pai da menina Agnès Blanco que, ao atravessar uma rua de Bordeaux, foi atropelada por um vagão da Cia. Nacional do Fumo, integrante da Administração francesa, baseando-se na responsabilidade estatal decorrente de um serviço público. Já o caso *Terrier* relacionava-se à ação que tinha como objetivo a condenação de uma prefeitura a pagar um prêmio pelo serviço de caça às víboras. Apesar de haver a promessa de pagamento feita pelo Conselho de Saône-et-Loire, o inadimplemento do prêmio destinado ao Monsieur Terrier justificou o exercício do direito de ação. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit.*, pp. 27-31).

²³ Nessa esteira, Jean Rivero salienta que, “o arresto *Terrier* qualificava como serviço público a destruição de víboras, se bem que nenhum órgão público estivesse especialmente incumbido de o fazer. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência recente fala muitas vezes de *missão de serviço público*.” (RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 492).

da noção de serviço público ao lhe conferir um caráter revolucionário inexistente, já que á época da decisão a expressão “serviço público” era largamente usada como sinônimo de “poder público”.²⁴

Assim, inspirados pela evolução jurisprudencial, os juristas do início do século XX assumiram a tarefa de construir uma noção jurídica de serviço público em consonância com o Estado Democrático de Direito. Tal tarefa foi desempenhada, eminentemente, pela Escola de Bordeaux, que tem Leon Duguit como seu principal representante²⁵. Duguit tinha como propósito a busca de um novo critério de justificação da atuação intervencionista estatal, não mais alicerçado na soberania, mas na solidariedade social. Recorrendo ao positivismo sociológico, o administrativista francês acreditava que o serviço público era uma instituição sócio-jurídica e um dado objetivo e abstrato, que se constatava num dado momento histórico.²⁶

Centralizada no núcleo do direito público, ao redor do qual orbitavam as demais instituições jurídicas, a noção *duguista* de serviço público implicava o reconhecimento, *a priori*, das atividades que se impunham aos governantes, frente uma situação objetiva que emerge do estado atual das relações sociais.²⁷ Por enfocar sua análise no elemento objetivo (material) da noção de serviço público, que não dispensa o método do empirismo sociológico, Duguit passou a ser alvo de várias críticas²⁸, já que a sua noção não fornecia os elementos caracterizadores do instituto

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, pp. 28-29.

²⁵ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “à época de seu surgimento, sob patrocínio de Léon Duguit, o general publicista que capitaneou a chamada ‘Escola do Serviço Público’, a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Administrativo em particular, tentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a idéia de ‘poder’ estatal – pela idéia de ‘serviço aos administrados’”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2003.p. 612).

²⁶ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, pp. 29-40. Nesse trecho de sua obra, a autora expõe a noção de serviço público elaborada por Duguit, segundo o qual serviço público consubstancia “toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por se indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e que é de tal natureza que não pode ser assegurado completamente senão pela intervenção da força do governante”.

²⁷ GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, pp. 22-23. Como lembra o autor, “le service public est ainsi conçu comme le fondement d’une théorie de l’Etat et aussi um système de production de l’Etat”.

²⁸ No direito brasileiro, Celso Antonio Bandeira de Mello assevera que, “o primeiro elemento de serviço público (consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados) é absolutamente insuficiente para configurá-lo, de vez que se trata de simples suporte fático, substrato material, sobre que se constrói a noção jurídica propriamente dita.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed, 1979, p. 19).

perante o direito, servindo apenas para indicar ao legislador aquilo que deve se extrair da realidade concreta como serviço público.²⁹

Dentre os doutrinadores que criticaram a noção *duguista* de serviço público, destaca-se Maurice Hauriou, representante da Escola de Toulouse, que defendia a manutenção da noção de *puissance publique*. Para Hauriou, esse poderio soberano do Estado seria o meio pelo qual a Administração Pública buscaria alcançar um fim de interesse público, intrínseco aos serviços públicos.³⁰ Espantosamente, Duguit também recebeu severas críticas de seu discípulo Gaston Jèze, já que pretendia subtrair da concepção objetiva de seu antecessor o seu fundamento filosófico e sociológico, deixando apenas a parte técnico-jurídica. Nessa esteira, Jèze elaborou uma noção formalista de serviço público para facilitar o seu reconhecimento pelos aplicadores do direito, isto é, ao atender às realidades do direito positivo, refutava qualquer razão substancial dos serviços públicos.³¹

Dentre as características do regime jurídico de direito público, aplicáveis aos serviços públicos, destacavam-se: a submissão ao princípio da legalidade; a supremacia do poder público sobre a iniciativa privada, o que permite a manifestação do *ius imperium* estatal na celebração dos contratos administrativos; a presunção de legitimidade e auto-executoriedade dos atos praticados pela Administração; a possibilidade de revogação e de declaração de nulidade dos atos administrativos; a necessidade de observação do princípio da continuidade de prestação de serviços públicos, refutando a invocação da *exceptio non adimpleti contractus*; o respeito ao princípio da isonomia, dentre outras prerrogativas.³²

Visualizada como a pedra angular do direito administrativo, a idéia de serviço público defendida por Jèze vinculava-se à aplicação do 'procedimento do direito

²⁹ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 31.

³⁰ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *op. cit.*, p. 516.

³¹ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 45.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed., 1979, p. 19. Outrossim, no que tange às prerrogativas intrínsecas ao regime jurídico do direito administrativo, Hely Lopes Meirelles disserta que, "em todos os atos ou contratos administrativos, como são os que comentem a exploração de serviços públicos a particulares, está sempre presente a possibilidade de modificação unilateral de suas cláusulas pelo Poder Público ou de revogação da delegação, desde que o interesse coletivo assim o exija (MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Op. cit.*, p. 301).

público derogatório do direito comum³³. Para o autor, sempre que se estiver na presença de um serviço público, estar-se-ia diante de um conjunto de regras jurídicas especiais, que tem por finalidade a satisfação do interesse público pelo funcionamento regular e contínuo do serviço público. Entretanto, o formalismo de sua noção não foi capaz de evitar a amplitude do conceito. Afinal, se sua teoria fosse adotada na íntegra, o poder de polícia e o exercício do poder jurisdicional deveriam ser indevidamente enquadrados como serviço público, já que recorrem a procedimentos públicos para fins de satisfação do interesse geral.³⁴

Cumprindo ainda destacar a visão subjetivista da noção de serviço público. Segundo Jean Rivero, “em sentido concreto ou orgânico, a expressão (serviço público) designa um conjunto de agentes e de meios que uma pessoa pública afecta a uma mesma tarefa.”³⁵. Dessa forma, enfocando os serviços públicos como um conjunto de órgãos do Estado, Roger Bonnard frisa que à Administração Pública compete, concomitantemente, as funções administrativa e legislativa, frente ao exercício do poder regulamentar que lhe é atribuído.

Para Bonnard, não coincidiria serviço público administrativo e direito administrativo, já que este se limitaria a regular as intervenções administrativas do Estado. Por isso mesmo, o autor admite que, em alguns serviços públicos, a aplicação do direito público não se imporia necessariamente para garantir o seu bom funcionamento, bastando o direito privado. Ora, na medida que se aceita a inexistência de conciliação entre ambos, o critério perder sua funcionalidade. Ademais, a utilização do organismo prestador do serviço público não basta para diferenciá-lo de outras atividades estatais. Atualmente, o serviço público não significa, necessariamente, uma atividade prestada por órgão público, conforme se infere do amplo uso das concessões de serviço público.³⁶

Analisando os elementos objetivo, formal e subjetivo da noção de serviço público, denota-se que a doutrina clássica careceu de um critério unitário, capaz de atingir uma definição de alcance geral. A utilização isolada de qualquer um dos três

³³ Para Jean Rivero, “na concepção da escola do serviço público, este regime jurídico define-se pela aplicação exclusiva e integral das normas do direito administrativo, supostamente concebidas em função das necessidades próprias de todo e qualquer serviço.” (RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 498).

³⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, pp. 35-37.

³⁵ RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 491.

critérios não conferiu as condições necessárias para se cristalizar a noção de serviço público, já que se via tão somente um prisma da realidade. Essa é a razão por que maioria dos doutrinadores considera imperiosa a união de dois ou três desses elementos. Sintetizando, Jean Rivero assevera que, “no quadro do Estado Liberal, estas três noções coincidiam na maior parte das vezes: as actividades de interesse geral eram geridas por órgãos públicos, sob um regime derogatório do direito comum. Hoje em dia esta coincidência é muito menos freqüente”.³⁷

Solidificam-se, assim, os três critérios constitutivos da noção de serviço público que perduram até os dias atuais³⁸. Afinal, a partir de então se falava em serviço público quando havia uma atividade prestacional do Estado (elemento subjetivo ou orgânico), que produzia um serviço em benefício não de um indivíduo em particular, mas de todo cidadão em geral que queira dele se beneficiar (elemento objetivo ou material), observando um regime especial derogante de alguns pontos, senão todos, do direito privado, em pelo exercício da *puissance publique*, isto é, dos atos de autoridade (elemento formal).³⁹

Salienta-se ainda que, a conceituação de serviço público precisa ser precedida por uma delimitação de seu âmbito de incidência, implicando a necessária distinção entre os conceitos amplo e restrito do instituto em tela. Optando por um conceito restrito, Marçal Justen Filho salienta que, “o serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atividades legislativas e jurisdicionais. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei”.⁴⁰ No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello enfatiza que:

“adotar uma noção com contornos desatados não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual do Direito Administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas, notadamente em face do sistema jurídico brasileiro.

³⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, pp. 38-39.

³⁷ RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 492.

³⁸ Ratificando pela coexistência dos três critérios da noção de serviço público, Lúcia Valle Figueiredo afirma que, “a noção de serviço público pode ser tratada – como também a função administrativa já estudada – perseguindo-se critérios como o *orgânico*, *material* ou *formal*.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.*, p. 75). No mesmo sentido, Marçal Justen Filho disserta que, “a doutrina reconhece que o conceito de serviço público se desdobra em três aspectos: material, subjetivo e formal.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 20).

³⁹ GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 478.

Daí que a noção de serviço público que formulamos é uma noção restrita, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicate de outras necessidades, outros objetivos, sobretudo, outra problemática e outro ordenamento jurídico positivo”.⁴¹

Em continuidade à análise dedutiva, a prestação do serviço público, além de não se confundir com as funções estatais, não corresponde igualmente a todas as atividades administrativas, não havendo que se falar em sua similitude com a função administrativa exercida exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo. Em que pese o senso comum entender como serviço público tudo aquilo que o Estado faz⁴², a atividade prestacional não se confunde com a atividade de fomento, com a polícia administrativa, com a fiscalização e a arrecadação tributária, nem com a execução de obras públicas.⁴³

Superados os percalços da amplitude conceitual, importante priorizar algumas noções de serviço público que tem destaque na doutrina nacional, em detrimento dos conceitos formulados pela doutrina europeia, já que a proximidade cultural com a Tradição Teórica Central pode ser enganosa e acabar suscitando o uso de analogias inaplicáveis. Como ressalva Fernando Herren Aguillar, “a vida nos países capitalistas periféricos constitui especialização sistêmica de um modelo genérico de organização da política e da economia”.⁴⁴ Não é por outra razão que o *maná* doutrinário europeu deve ser temperado com a realidade periférica, conforme ratifica Marçal Justen Filho ao afirmar que, “não é possível apurar a natureza jurídica de instituições

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 613.

⁴² *Idem*, *op. cit.*, p. 621.

⁴³ As atividades essenciais da Administração, inerentes à função administrativa, podem ser subdivididas em: a) poder de polícia administrativo, com o objetivo de condicionar legalmente o exercício da liberdade e da propriedade dos indivíduos, a fim de as compatibilizar com o bem-estar social; b) atividade de fomento e auxílio, com a finalidade de desenvolver e de expandir as atividades privadas de interesse coletivo, valendo-se de auxílios e de subvenções ou criando pessoas jurídicas de direito privado para que atuem no mercado, seja em regime de concorrência ou de monopólio; c) polícia administrativa, consubstanciada na intervenção da Administração em atos e fatos da vida dos particulares para lhes conferir certeza e segurança jurídica, como os serviços prestados por tabelionatos e por cartórios; d) estruturação da Administração Pública não apenas com recursos materiais, por meio dos processos compulsórios de arrecadação tributária, mas também com recursos humanos, seja através da requisição compulsória (v.g. serviço militar), seja através dos concursos públicos, almejando assim a prestação de suas atividades; e) a prestação de utilidade e comodidade aos administrados, propriamente serviços públicos e de utilidade pública. Para saber mais sobre a distinção das atividades estatais, ver FIQUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 2003, p. 75 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 1979, pp. 16-18.

determinadas quando se pretende adotar, como critério de análise, a experiência (jurídica e econômica) de outros países”.⁴⁵

Dessa forma, apresentando um conceito eminentemente orgânico, Hely Lopes Meirelles disserta que, “*serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”⁴⁶ Difere, portanto, da noção essencialista⁴⁷ elaborada por Marçal Justen Filho, para quem “serviço público é uma atividade administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executadas sob o regime de direito público.”⁴⁸

A prevalência do critério formal fica clara no conceito de Lúcia Valle Figueiredo ao afirmar que, “Serviço Público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, *sob o regime prevalente do Direito Público*”.⁴⁹ No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro proclama que, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.⁵⁰

Por fim, Celso Antonio Bandeira de Mello adere à corrente restritiva e formalista⁵¹ ao dissertar que, “*serviço público* é toda atividade de oferecimento de

⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, 1999, p. 35.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 17.

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1997, p. 297.

⁴⁷ Para Aguillar, “um conceito essencialista pretende deduzir a essência atemporal do serviço público, e assim insuscetível de transformar-se no tempo. Porque, qualquer que seja o interesse ou as necessidades da sociedade está coberto pelo enunciado conceitual” (AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 113).

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. p. 478.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.*, p. 78.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., 2004, p. 99.

⁵¹ Celso Antonio Bandeira de Mello adota enfaticamente o critério formal da noção de serviço público, afinal, para o administrativista brasileiro, “de nada adiantaria qualificar como serviço público determinadas atividades se algumas fossem regidas por princípios de direito público e outras

utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime jurídico de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”⁵²

Uma vez expostos os elementos doutrinários que adornam a noção de serviço público, indispensável proceder à análise da evolução histórica dos tipos de Estado, a fim de os correlacionar com a função exercida pelos serviços públicos, comprovando o seu caráter de instituto social. Além disso, como ensina Gilles J. Guglielmi, “l’élaboration historique de la notion de service public permet de dégager des constantes, dont l’application est encore vérifiable aujourd’hui”.⁵³ Por isso mesmo pode-se afirmar que a compreensão da atual noção de serviço público perpassa necessariamente pela sua inserção na evolução do Estado.

4. HISTÓRICO ACERCA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ACORDO COM A EVOLUÇÃO ESTATAL:

Em que pese a noção de serviço público ter obtido grande respaldo jurídico e evolução doutrinária no final do século XIX, principalmente pelo mérito dos franceses, é imprescindível conhecer seu marco histórico moderno para que haja uma correta captação de seu conceito. Embora a Revolução Francesa seja a responsável pela criação de um terreno fértil para o desenvolvimento dos serviços públicos modernos, mesmo antes de seu advento já existiam “atividades análogas e até mesmo idênticas às da noção de serviço público, no sentido funcional ou material, sem que fossem conceitualmente classificadas, inserindo-se em um sistema jurídico totalmente diferente”.⁵⁴

prestadas em regime de economia privada.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed., 1979, p. 19).

⁵²BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2003, p. 612.

⁵³GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 19.

⁵⁴GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 20.

Noutras palavras, as origens dos serviços públicos são anteriores à Revolução Francesa e obedecem mais a uma necessidade prática do que a uma prévia concepção ideológica, já que importava às autoridades públicas a solução dos problemas advindos das necessidades sociais.⁵⁵

4.1. OS PRIMÓRDIOS DO SERVIÇO PÚBLICO:

Pode-se buscar na Grécia antiga a origem mais remota dos serviços públicos, remetendo-se ao vocábulo *liturgia*, o qual é composto pelo adjetivo *leitos*, relacionado aos termos público e povo, e pelo substantivo *ergon*, que significa prestação de uma atividade. Assim, *liturgia* seria a atividade prestada ao povo pelos detentores de grandes fortunas, como meio de imposição honrosa.⁵⁶

A gênese material dos serviços públicos também pode residir nas *banalités* da Alta Idade Média. Naquele período, o senhorio proprietário das terras permitia que seus servos utilizassem contínua e igualmente os fornos, os moinhos e lagares, desde que pagassem uma elevada taxa, denominada *redevance*. Diferentemente, na Baixa Idade Média, a partir do século XI, com a maximização das trocas mercantis e com o desenvolvimento dos burgos, as autoridades municipais substituíram os senhores feudais, impondo “tarefas para a construção e reparação das fortificações, a conservação das estradas e pontes, os serviços de vigilância e de ronda, e mesmo a participação na defesa comum.”⁵⁷

Nos Estados Despóticos dos séculos XV e XVI, o modelo político prosperou em torno da figura do soberano, que se cingia numa pessoa privada, física, e numa pessoa pública, incorpórea. Então, como salienta Mônica Spezia Justen, “todo o serviço prestado pela pessoa pública seria chamado de *serviço público/ da coisa*

⁵⁵ Nesse sentido, como destaca Gilles J. Guglielmi, “l’administration du royaume sous l’Ancien Regime fait apparaître l’existence matérielle de nombreux services publics sans que ceux-ci soient conceptuellement regroupés. La Revolution et l’Empire, et même l’Etat libéral du XIX siècle pratiquent abondamment l’intervention, que les juristes cherchent d’ailleurs à systématiser, mais ce n’est pas sous l’emblème du service public”. (GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 20).

⁵⁶ JUSTEN, Mônica Spezia, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁷ GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 21. No início de sua obra, o autor francês expõe o histórico dos serviços públicos com o objetivo de mostrar que as necessidades públicas sempre existiram, mas sua orientação e sua recepção jurídica só foi possível após a Revolução Francesa, com o nascer de uma nova ideologia política.

pública".⁵⁸ Nota-se que essa divisão perdurou até a consolidação do Estado Liberal, quando a legitimação da existência estatal deixou de se focar na figura corpórea do rei em prol de uma noção metafísica de poder popular. Nesse sentido, Rubén Miguel Citara ensina que:

"o maior desenvolvimento conhecido em tempos precoces da idéia de um serviço público estatal se deu na Inglaterra de Henrique VIII e seus sucessores, a partir do século XVI, quando o despojo e o posterior desaparecimento das ordens religiosas monásticas e das ordens cavaleirescas de signo católico forçou a Coroa a incumbir-se dos serviços de saúde pública que essas ordens haviam constituído como um imperativo da Caridade em torno de seus estabelecimentos em caráter diverso."⁵⁹

Portanto, apesar da precedente satisfação das necessidades coletivas pelos senhores feudais, pelas ordens militares-religiosas, pelas autoridades municipais renascentistas ou pelos monarcas déspotas, ainda não se podia falar em serviço público porque tais atividades prestacionais não se revestiam de juridicidade. Para Gilles J. Guglielmi, o serviço público não configura uma técnica jurídica procedente do Antigo Regime, porque impensável fora do contexto político-social e de uma certa idéia de Estado que provém da Revolução.⁶⁰

4.2. O SERVIÇO PÚBLICO NO ESTADO LIBERAL:

Após a Revolução Francesa, com a ascensão da burguesia ao poder, instalou-se o Estado Liberal, que pregava a separação entre as esferas pública e privada com a finalidade de garantir uma ampla independência, autonomia e liberdade individual, embora fossem tais garantias meramente formais. De

⁵⁸ JUSTEN, Mônica Spezia, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁹ CITARA, Rubén Miguel. *El servicio público*. Parte I, Buenos Aires, Ciencia de la Administración, 1995. pp. 26-28 (citado por GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 21.). No mesmo trecho, analisando a obra de Citara, quanto aos serviços prestados pelas ordens militares e religiosas inglesas, a autora ensina que se tratava evidentemente de serviços públicos, prestados por mãos que não seria de todo exato chamar privadas, uma vez que de algum modo formavam parte da estrutura de poder então vigente".

⁶⁰ GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 22. Na mesma página, o administrativista francês lembra que, "c'est de cette époque que naît l'idée que l'ensemble des institutions publiques constitue un, ou des services publics".

consequente, abolidos os direitos feudais, transfere-se à sociedade o domínio da vida econômica e social, deixando aos cidadãos, individualmente, a responsabilidade pela satisfação de suas necessidades.⁶¹

Esse Estado abstencionista almejava distanciar-se da vida social, econômica e religiosa dos indivíduos, o que significava em última análise a não-interferência do Estado na sociedade, implicando uma redução das funções que lhe cabiam. Nas palavras de Julio Rodolfo Comandira, “la concepción liberal impone un modelo de Estado en el cual la policía no excede el fin de mantener el orden y la seguridad de las *res publica*, el orden público material, el orden de las ‘calles’, en suma”.⁶²

Diante da mínima intervenção estatal na esfera privada, com o único fito de preservar o individualismo instaurado, passou-se a falar em Estado Polícia, encarregado da satisfação de poucas necessidades públicas que se resumiam nos serviços públicos de manutenção da ordem pública, o que era obtido pelos serviços de Justiça, de defesas interna e externa e de relações exteriores. Frente à delimitação das funções estatais e à reduzida complexidade do sistema liberal, pode-se afirmar que, no Estado Polícia, era válida a combinação de três critérios que definiam o serviço público, quais sejam: o subjetivo, o material e o formal.⁶³

Nesse contexto, surge na Europa um Direito Administrativo individualista⁶⁴, que tinha os seguintes corolários: a desigualdade jurídica das partes na relação jurídico-administrativa; a exclusão da autonomia da vontade como fator gerador dos vínculos obrigacionais, diante da difusão dos contratos de adesão; os direitos subjetivos patrimoniais condicionados ao interesse público face à possibilidade de desapropriação por razões de oportunidade, mérito ou conveniência; a competência restritiva da Administração Pública, já que sua atuação não era livre, isto é, deveria ter respaldo no ordenamento jurídico.⁶⁵

⁶¹ COMADIRA, Julio Rodolfo. “El Servicio Publico como Titulo Jurídico Exorbitante”. *A&C Revista de Direito Administrativo e Cosntitucional*. Ano 3, n.º 11, 2003, pp. 85.

⁶² Idem, ibidem.

⁶³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 53.

⁶⁴ Segundo Comandira, a partir da Revolução Francesa, surgiram dois sistemas jurídicos de conformação estrutural diferentes, mas que tinham uma mesma ideologia: o individualismo liberal. Paralelamente ao direito civil individualista, o direito administrativo individualista não observava os fins estatais, razão pela qual não podia ser entendido, até então, como um instrumento de transformação social. (COMADIRA, Julio Rodolfo, *op. cit.*, pp. 79-105).

⁶⁵ Segundo José Roberto Vieira, o Princípio da Legalidade permite uma concepção restritiva e uma concepção ampliativa. Aquela se refere a uma relação de não contrariedade ou de compatibilidade,

Até então, adotavam-se as teorias da “autolimitação subjetiva” ou da “dualidade da ação do Estado”, segundo as quais o Estado seria ora titular de uma autoridade (*puissance publique*), caracterizando os *atos de autoridade*, ora seria uma pessoa civil, despida das prerrogativas administrativas, configurando os *atos de gestão*, praticados em situação de igualdade com os particulares.⁶⁶ Para os franceses, os atos de gestão abarcavam a prestação dos serviços públicos, já que eram regidos pelo direito comum, o que justificava a competência da jurisdição comum. Essa classificação elaborada por Laferrière, que se calcava na noção de soberania (*puissance publique*), completava-se com o princípio de que o Estado só podia ser declarado devedor pela autoridade administrativa.⁶⁷

Ainda no que pertine ao Estado Liberal puro, Umberto Allegretti, *apud* Dinorá Grotti, destaca que, “não há esfera intermediária entre o indivíduo e o Estado; as associações são temidas pelo obstáculo que podem causar à liberdade do indivíduo; isso em virtude do terror (causado) pelas corporações e outros entes da época feudal e absoluta”.⁶⁸ De conseguinte, a ausência de entidades intermediárias acaba por criar uma lacuna que separa o Estado do cidadão-súdito, abstratamente compreendido e politicamente desamparado. Nessa esteira, Julio Rodolfo Comadira disserta que:

“Había, no obstante, factores históricos derivados de la dinámica de los cambios, ya en aquel momento, a que el Estado asumiera por razones ideológicas o por conveniencia la satisfacción de necesidades generales hasta ese momento atendidas por la Iglesia, las ordenes religiosas, las corporaciones, las fundaciones, las universidades y otras instituciones sociales intermedias

expressando uma noção mínima de legalidade, afinal, o que não é proibido é permitido. Já a concepção ampliativa imbrica-se a uma relação de conformidade, evidenciando uma noção máxima de legalidade, pois o que não é permitido é proibido o que faz com que haja a sua identificação com o Princípio da Reserva Legal. Assim, diante da necessidade das prerrogativas administrativas derivarem da lei, pode-se falar que a Administração Pública segue uma concepção ampliativa do Princípio da Legalidade, devendo sempre agir nos termos da lei. (VIEIRA, José Roberto. “Princípio da Legalidade”. *Princípios Constitucionais e Estado de Direito*. In: Revista de Direito Tributário, n.º 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1990, pp. 96-97).

⁶⁶ Consoante Mônica Spezia, “por um lado, o Estado-autoridade era uma instituição política, não qualificável sob o ponto de vista jurídico. Por outro lado, segundo essa teoria, quando o Estado se colocava no setor privado, deveria se sujeitar a esse mesmo direito.” (JUSTEN, Mônica Spezia, *op. cit.*, p. 28).

⁶⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 27.

⁶⁸ ALLEGRETTI, Umberto. *Perfil di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*. Bologna, Il Mulino, 1989 (citado por GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 23).

representativas del cuerpo social en el Antiguo Régimen. La asistencia, la sanidad, la educación, el correo (cuando deja de ser un servicio exclusivo al rey), son así, en esa primera etapa, servicios asumidos por el Estado”.⁶⁹

Paulatinamente, desenvolveram-se as condições necessárias para que houvesse a expansão das atividades promovidas pelos burgueses, caracterizando o contexto da Revolução Industrial. Frente à importância de disponibilidade de um exército de força de trabalho, acentuou-se o êxodo rural, implicando o crescimento desordenado das grandes cidades européias, em cujos cortiços habitava a massa proletária. A formalidade e a superficialidade do sistema político-jurídico liberal foram reveladas diante das gritantes desigualdades sociais produzidas pela lógica capitalista.

Com a propagação das idéias socialistas e face aos perigos de uma revolução promovida pelo proletariado, os Estados Liberais iniciaram os grandes programas sociais de urbanização⁷⁰. Ora, as reformas realizadas não levaram em conta a desigualdade existente, já que predominava uma igualdade formal: os serviços públicos eram disponibilizados, mas somente tinha acesso quem podia pagar por sua fruição. Dessa forma, consoante Julio Comandira, “con el tiempo, los avances tecnológicos, las exigencias del industrialismo y las demandas comunitarias colocan al Estado ante la necesidad de asumir competencias prestacionales de naturaleza económica y de características complejas (...)”.⁷¹

Nesse liame, Mônica Spezia Justen bem salienta que, “a criação dos *grands services publics* (linhas férreas, telégrafo, telefone, distribuição de água, gás e eletricidade) foi conseqüência de um desenvolvimento econômico provocado pela revolução industrial”.⁷² Tais serviços vinculavam-se aos monopólios naturais frente à impossibilidade tecnológica ou à inviabilidade econômica de se construir novas redes ferroviárias, telefônicas, de energia elétrica, impedindo a concorrência por mais de

⁶⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *op. cit.*, p. 85. Para o autor, o Estado se viu progressivamente obrigado a assumir, com próprias, algumas tarefas que até então não se haviam considerado estatais, pois eram desenvolvidas pela sociedade, organicamente estrutura.

⁷⁰ Na França, durante o governo de Napoleão III, houve grande surto de crescimento industrial, o que ensejou um vasto programa de obras pública, dentre elas, a reforma urbanística de Paris que foi entregue aos cuidados do Barão Haussmann.

⁷¹ *idem*, *op. cit.*, p. 86.

⁷² JUSTEN, Mônica Spezia, *op. cit.*, p.18.

um prestador. Por esta razão “os serviços públicos foram tradicionalmente concebidos como atividades exógenas à livre iniciativa, e, conseqüentemente, à concorrência”.⁷³

Segundo o estudo efetuado por Fernando Herren Aguillar, no Brasil, durante o Segundo Império, após o “parasitismo colonial”, “em termos de serviços públicos, o período pode ser considerado como de regulação desconcentrada, seja do ponto de vista operacional, seja do ponto de vista normativo”.⁷⁴ Por inexistir um tratamento jurídico para a prestação dos serviços públicos, o Estado não tinha a obrigação de os prestar, relegando-os à iniciativa privada, em especial, às companhias inglesas.

Observa-se, ainda, que a maximização da intervenção estatal no atendimento de necessidades coletivas era uma opção contraditória ao sistema liberal, que se orientava pela incapacidade empresarial do Estado e por sua abstenção na economia privada. Mas, consoante Julio Rodolfo Comadira, “la situación se salva, entonces, con la figura de la concesión traslativa, en virtud de la cual el Estado, después de autoatribuirse la titularidad de la actividad económica de que se trata, transfiere su gestión o ejercicio a una persona privada que la asume por su cuanta y riesgo”⁷⁵, com a garantia de exclusividade na prestação do serviço público através da instauração dos monopólios estatais.

⁷³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Serviços Públicos: regulação para concorrência.” In: VVAA, *Temas de direito regulatório*, 2004, p. 49.

⁷⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*, 1999, p. 184. Em estudo sistemático realizados dentre as páginas 163 à 209 de sua obra, o autor procura classificar, a partir do Brasil Colônia, as regulações em concentradas ou em desconcentradas, observando ainda que ambos tipos de regulação poderão se revestir de viés operacional ou normativo. Segundo o Aguillar, “o grau de concentração regulatória revela a confiança maior ou menor do Estado em que os interesses públicos serão alcançados mediante outorga de liberdade à iniciativa privada”. Assim, num contexto de regulação desconcentrada, os serviços públicos não serão objeto de atenção política, muito menos constituirão uma garantia ao cidadão. Outrossim, ao se referir à regulação operacional, o autor pretende indicar a “preferência outorgada à iniciativa privada ou às empresas e órgãos estatais para o desempenho de certas atividades de interesse público. Já a regulação normativa diz respeito ao poder de regulamentar efetivamente o setor que interesse ao Estado.”

No capítulo IV de sua obra, Fernando Aguillar relaciona as fases históricas do Brasil com os tipos de regulação e com o grau de intervenção na esfera privada, seja por meio de regulações ou por meio da prestação de serviços públicos. Assim, do Brasil Colônia até o final do Segundo Império predominou a regulação patrimonialista, em que o monarca visualiza a colônia, depois, o vice-reinado e o país, como sua propriedade privada, usando-o para a persecução de seus interesses privados. A regulação normativa concentrada objetivava a supressão da iniciativa industrial colonial, já que a tarefa de implementação de infra-estruturas do território era efetivada pelas companhias de comércio e pelas concessões régias, a exemplo dos sistemas das feitorias, das donatarias, do financiamento do bandeirismo e da política financeira praticada durante o ciclo do ouro.

⁷⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo, *op. cit.*, p. 86.

4.3. O SERVIÇO PÚBLICO E O ESTADO SOCIAL:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas conseqüências funestas no âmbito econômico e social; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não-intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.⁷⁶ Outrossim, as reformas urbanísticas promovidas nas grandes cidades européias haviam beneficiado mais a burguesia do que o proletariado, já que a massa trabalhadora continuava a não ter acesso às comodidades advindas da expansão comercial da energia elétrica, do telefone e do saneamento básico.⁷⁷ Dessa forma, o proletariado passou a aderir com grande peso às ideologias socialistas⁷⁸, que tinham adquirido forças ao longo do século.

No plano ideológico, em resposta à afronta socialista, os teóricos do *status quo* vigente, que primavam pelo sistema capitalista, desenvolveram a doutrina solidarista com base nos trabalhos do sociólogo Émile Durkheim, com o fito de legitimar a função estatal de promoção social. Acreditava-se que, o Estado por ser titular de uma parcela de poderes dentro de uma sociedade organizada, deveria ter maiores responsabilidades na realização da “solidariedade social”, distribuindo,

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 2002, p. 20.

⁷⁷ Segundo Fernando Herren Aguillar, logo após a Proclamação da República, “os investimentos estrangeiros em serviços públicos dominam fortemente a economia brasileira nesse período de regulamentação desconcentrada, especialmente nos setores de transporte e energia”. O autor ressalva ainda que, “embora livre à iniciativa privada (por absoluta falta de proibição do Estado) algumas atividades que hoje chamamos de serviços públicos não eram oferecidas por qualquer empresa particular em escala considerável. Durante muito tempo, cada cidadão se serviu individualmente de água e esgoto, energia, transportes e comunicações. Outras atividades eram exercidas pelo próprio Estado, sem que houvessem, contudo, definições jurídicas rigorosas a determinar o espaço da iniciativa privada do espaço do Poder Público.” (AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, pp. 188-190).

⁷⁸ Para Peter Berger e Thomas Luckmann, num contexto revolucionário, o intelectual dispõe-se a realizar seu projeto na sociedade, saindo de um nível de abstração, ou seja, do nível em que cultura e conhecimento constituem um campo de batalha nos domínios da alienação, para atuar no plano material. Segundo os autores, “o sucesso da ideologia revolucionária fortificará a realidade que possui dentro da subsociedade. Sua realidade assume proporções maciças quando camadas sociais inteiras tornam-se portadoras dela (da teoria revolucionária).” (BERGER, Peter I. LUCKMANN, Thomas. *op. cit.*, p. 162).

assim, as responsabilidades entre os agentes sociais, de acordo com seus respectivos potenciais.⁷⁹

No campo político, a sociedade passou a prestigiar a idéia de que o Estado deveria promover a justiça social, o que ficou bem evidenciado logo após a Primeira Guerra Mundial. Afinal, como explica Dinorá Grotti, “as imperfeições e opressões do liberalismo no âmbito econômico e social acabaram por gerar inúmeras injustiças e desigualdades sociais que, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”⁸⁰. Dessa forma, almejava-se um Estado atuante e não mero observador dos fatos sociais, conforme se infere do seguinte trecho do texto de Julio Rodolfo Comadira:

“el ocaso de la concesión por la inviabilidad de su explotación lucrativa, la consideración de ciertas actividades como estratégicas a raíz de la experiencia de la Primera Guerra Mundial, la implementación de las políticas industrialistas en estados descapitalizados, la influencia cierta de las ideas socialistas, fueron, todos, factores que influyeron para que el Estado asumiera, progresivamente, la prestación directa de servicios hasta entonces en manos de concesionarios (nacionalizaciones y municipalizaciones del primer tercio del siglo XX) y, especialmente, para que después de la Segunda Guerra Mundial se generalizara – nacionalizaciones mediante – la actuación empresarial del Estado en el ámbito prestacional industrial y comercial”.⁸¹

Surge, assim, o Estado Social, que se estendeu do século XIX até o final do século XX, sob duas vertentes dominantes que eclodiram contra o quadro sócio-político da época: o Estado socialista, de forte centralização econômica, que começa em 1917, na Revolução Russa; e o Estado do bem-estar social que se consolida nas democracias capitalistas ocidentais.⁸² Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que, “a expressão *Estado de Bem-Estar* consiste num conjunto de propostas mais ou menos homogêneas compostas pelo reconhecimento de uma função intervencionista estatal orientadas a promover o desenvolvimento econômico e social”.⁸³ Por isso

⁷⁹ JUSTEN, Mônica Spezia, *op. cit.*, p. 28.

⁸⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit*, p. 63.

⁸¹ COMADIRA, Julio Rodolfo, *op. cit.*, p. 89.

⁸² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Ibidem*.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 17.

mesmo, para o autor, “não seria exagero afirmar que o Estado de bem-estar Social é o Estado do Serviço Público”.⁸⁴

Com a assunção dos direitos sociais e econômicos pelo Estado e com a conscientização da função estatal de promoção social, o rol de suas atribuições ampliou desmesuradamente. Nesse sentido, a intervenção estatal nos domínios privados pode ser verificada em quatro etapas crescentes⁸⁵. Num primeiro estágio, mesmo sem intervir diretamente em certas atividades privadas, o Estado passou a fomentá-las, influenciando e incentivando a iniciativa privada de interesse público por meio *honoríficos* (prêmios, recompensas e menções honrosas), *jurídicos* (outorga de privilégios próprios do Poder Público) e *econômicos* (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações).

Num segundo nível de interferência, algumas atividades foram deixadas na iniciativa privada, mas o Estado passou a exercê-las, paralelamente, a título de intervenção no domínio econômico, o que caracteriza o Estado empresário, responsável pelas sociedades de economia mista, pelas empresas públicas e por outras empresas sob seu controle acionário⁸⁶. Já o terceiro grau de intervenção reside na maximização do poder de polícia, que transcendeu às obrigações de não fazer do liberalismo, passando a abranger também as obrigações de fazer, ao impor o cultivo de terra, o aproveitamento do solo e a venda controlada de certos produtos. Isso se explica porque o poder de polícia, anteriormente exercido apenas em benefício da ordem pública, passou a atuar em setores não relacionados à segurança nacional, abrangendo a ordem econômica e social.⁸⁷

Por fim, o grau mais elevado da interferência estatal na esfera privada encontra guarida na assumpção de algumas atividades econômicas pelo Estado,

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. 2003, p. 23.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., 2002, pp 21-23. Nesse trecho da obra, a autora mostra como ocorreu o agigantamento da máquina estatal com a maximização das atividades de fomento, de polícia e de prestação de serviços públicos.

⁸⁶ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, “quando o Estado interfere, suplementarmente na *exploração de atividade econômica*, ao desenvolver atividades dessa natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais* e não diante de *serviços públicos*. Neste caso, empresas públicas e sociedades de economia mista, que para tal fim sejam criadas, ‘submeter-se-ão ao mesmo regime aplicável às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações’ (...)”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed, 1979, p.23).

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ibidem*.

transformando-as em serviços públicos⁸⁸. Essa passagem de uma atividade à titularidade estatal caracteriza o ato de *publicatio*, que enseja a exclusão de seu desenvolvimento pelos particulares, sem que haja prévia concessão outorgada pela Administração que, em todo caso, continuará sendo a titular da atividade. Por implicar a negação de uma das liberdades econômicas mais reiteradas do liberalismo, qual seja, a liberdade de indústria, a *publicatio* deve ser concretizada por lei formal.⁸⁹

No Brasil, Fernando Aguillar leciona que, “a justificativa de submissão de certas atividades, então privadas, a um regime de Direito Público aparece em meio ao debate que sucedeu a famosa crise econômica do final dos anos 20. Punha-se, então, em dúvida a capacidade da economia de mercado de assegurar o adequado funcionamento de atividades tidas por essenciais à população”.⁹⁰ Para legitimar um novo quadro de organização da economia, surgiram novas teorias políticas e

⁸⁸ Optou-se por enquadrar a assunção de certas atividades privadas à categoria de serviço público como uma modalidade de intervenção estatal, já que o ato de *publicatio* implica a ingerência do Estado nos domínios privados para que haja a transferência de determinada atividade para o âmbito público. Segundo Gilles J. Guglielmi, “face à un phénomène social, l’Etat ou les autres personnes publiques ont à choisir entre deux attitudes. La première consiste à laisser se développer ce phénomène dans le cadre juridique existant, par la seule impulsion et sous la seule responsabilité des particuliers. La deuxième attitude consiste à intervenir dans le développement de ce phénomène”. (GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 16). Em entendimento contrário, Marçal Justen Filho, após mencionar a sistemática de Eros Grau, afirma que, “não existe intervenção quando o Estado atua em domínio a si próprio reservado, o que se passa quando desenvolve atividades no tocante aos serviços públicos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 17.).

⁸⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 25. A autora, citando Gaspar Ariño Ortiz, ainda adverte, na mesma página, que, “o serviço público, identificado com a *publicatio*, não vai aparecer de maneira repentina como título auto-suficiente para legitimar *per se* essa absorção da atividade, mas é o resultado de um processo gradual, por meio de: 1º) regulação de polícia progressivamente intensa sobre as liberdades dos particulares (em matéria de iluminação pública, de eletricidade, de gás ou de telefones) – é uma etapa que dura pouco; 2º) a utilização especial ou privada do domínio público com título mediato de intervenção nas atividades de prestação que exigem indubitavelmente tal uso (a extensão de vias, de canais, de fios telefônicos ou de condutos de gás); 3º) a própria definição das atividades como serviço público (necessite ou não do uso especial do domínio público): o título de intervenção é a reserva de titularidade da atividade a favor do Estado, que exige a concessão prévia”.

⁹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 191. Nesse mesmo trecho da obra, Aguillar afirma que “há dois quadros paradigmáticos em relação à história dos serviços públicos no Brasil. Em primeiro lugar aquele gênero de serviços que era normalmente desempenhado pelo Estado sem que se cogitasse de haver, de início, uma forma subjetiva diversa na sua prestação. Quando prestados, serviços como saneamento básico, iluminação pública, infra-estrutura portuária, etc., foram da competência e atribuição inquestionável do Estado sob a Monarquia e mesmo nos primórdios da República. (...) O segundo quadro paradigmático é o dos serviços que, tendo se originado na iniciativa privada, foram sendo julgados suficientemente relevantes para que fossem submetidos a um regime de Direito Público.”

econômicas, que confiavam ao Estado a tarefa de gerir a prestação dos serviços públicos.

Durante o Estado Novo, cristaliza-se, entre as elites empresariais e intelectuais do país, a idéia de que o Estado deve intervir sobre a economia com o fim de refutar os efeitos da crise de 29, o que ensejou uma importante alteração no quadro geral dos serviços públicos. Indiretamente, a Constituição de 1934 e a Lei de Usura (Decreto 23.501/33) desestimularam os investimentos estrangeiros no âmbito dos serviços públicos através da vedação da chamada “cláusula-ouro” e da garantia de juros mínimos ao concessionário, que eram institutos jurídicos que permitiam a preservação dos investimentos estrangeiros realizados em moeda ouro.⁹¹

Conforme salientou Julio Comadira, “el Derecho no es indiferente al os cambios sociales, políticos y económicos. Y, por eso, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Público las transformaciones operadas a lo largo de los siglos XIX y XX determinaron en ambos modificaciones profundas”.⁹² Essas transformações sociais instigaram a idéia de que a instituição estatal deveria ser orientada à produção de benefícios palpáveis para o povo. Logo, os juristas do início do século XX criaram teorias para legitimar a sujeição do Estado ao direito, recorrendo, inclusive à noção jurídica de serviço público.⁹³ Conseqüentemente, o direito administrativo passou a sustentar que as prerrogativas apenas são justificáveis se objetivarem o cumprimento dos fins estatais.

Dessa maneira, no auge do Estado Social, idealizava-se o aumento das ofertas de garantias e de comodidades pelo Estado, o que implicaria o “esvaziamento” do âmbito privado por almejar apenas o lucro. Palavras como estatização, nacionalização e, até mesmo, socialização dos serviços públicos tornam-se freqüentes na doutrina da época. No direito administrativo brasileiro, o trecho infra citado da obra “Teoria Geral dos Serviços Públicos” de Celso Brant, publicada em 1951, evidencia as aspirações doutrinárias visando à sonhada transposição pacífica ao socialismo através da estatização dos serviços públicos:

⁹¹ Idem, *op. cit.*, p. 194.

⁹² COMADIRA, Julio Rodolfo. *op. cit.*, p. 82.

⁹³ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 21.

“O Estado Socialista, não sendo o defensor de uma classe, terá por finalidade o bem estar coletivo. O uso da força e da violência será relegado ao esquecimento, em proveito da mais alta missão do Estado, que é a de prestar os serviços públicos essenciais à coletividade, garantindo a todos um nível de vida compatível com o progresso alcançado pela humanidade. Então, o Estado se transformará naquilo que sonhou DUGUIT: uma cooperação de serviços públicos controlados pelos governantes.”⁹⁴

Ressalva-se ainda que, a imbricação entre o intervencionismo estatal e o nacionalismo do período entre guerras propiciou o crescimento da indústria nacional. Por sua vez, a industrialização provocou o êxodo rural e o crescimento das grandes cidades brasileiras, o que fez crescer a pressão para prover a população de serviços públicos.⁹⁵ Todavia, como havia promovido a estatização de grande parcela dos serviços públicos, ampliando demasiadamente seu âmbito de atuação, o Estado viu-se incapacitado de os prestar isoladamente: a majoração quantitativa dos serviços públicos implicou a sua subtração qualitativa.

Com a ampliação de sua competência, para que o Estado conseguisse atender as demandas que tomou para si, tornou-se necessária a realização de uma reforma administrativa, que se concretizou através do Decreto n.º 200/1967. Destarte, avultaram-se os serviços descentralizados, em que o Estado transfere sua titularidade ou apenas sua execução a autarquias, fundações, entidades paraestatais e a empresas privadas. Noutras palavras, existe descentralização administrativa quando determinadas competências são transferidas a outras pessoas jurídicas, regidas pelos direitos público ou privado.⁹⁶

⁹⁴ BRANT, Celso. *Teoria Geral do Serviço Público*. Belo Horizonte: Edições Acaia, 1951, p. 154. Segundo se extrai de tal obra, o autor enxergava no agigantamento dos serviços públicos das décadas de 1940 e de 1950 uma transição pacífica do capitalismo para o socialismo, o que justificaria a maximização das funções administrativas e, em última análise, do direito administrativo. Nesse sentido, a obra revela-se com grande fonte histórica que reflete de maneira indutiva o pensamento nacionalista e estatizante da época. Não é por outra razão que acreditava nas benesses da planificação da economia, citando com modelo os planos quinquenais adotados pela União Soviética. No capítulo IX, após expor as mudanças sofridas na estrutura estatal, a estatização e os critérios de aferição dos serviços públicos, bem como sua posição doutrinária e classificação, o autor afirma às fls. 157 que “a técnica de planificação é uma das mais importantes aquisições modernas do Direito Administrativo. A planificação é a ordenação dos recursos materiais e espirituais de um Estado no sentido da realização de um programa.” Outrossim, em passagem muito marcante do texto às fls. 150, Celso chega a dissertar que “hoje, mesmo aquelas nações que se horrorizam diante do ‘fantasma soviético’, reconhecem que têm de admitir os princípios socialistas, se quiserem sobreviver.”

⁹⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 196.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.*, p. 82.

Nota-se a diferença existente entre a transferência por outorga ou por delegação, afinal, naquela o Estado cria uma entidade paraestatal e a transfere definitivamente o serviço por lei, nesta a Administração Pública desloca, transitoriamente, apenas a execução do serviço, seja por contrato nas concessões, seja por ato unilateral nas permissões ou nas autorizações.⁹⁷ Mas, como relembra Celso Antônio, “nem sempre as sociedades de economia mista e as empresas públicas são forma de descentralização de serviços, pois, muita vez, podem configurar apenas *serviços governamentais* de intervenção na ordem econômica”.⁹⁸

Nessa esteira, a criação das empresas estatais e das sociedades de economia mista, que também passaram a prestar serviço público através de delegações, ensejou o aprimoramento do Estado-empresário⁹⁹, gerando vários equívocos quanto à aplicação do regime jurídico, diante da confusão que se fazia entre as atividades de natureza prestacional, submetidas então ao regime jurídico-administrativo, e aquelas atividades estatais de natureza privada. Para tentar solucionar o problema, a doutrina passou a criar diversas classificações referentes aos serviços públicos.

Quanto à prestação, os serviços públicos passaram a ser divididos, no direito pátrio, em serviços *uti singuli* e em serviços *uti universi*. Para Hely Lopes Meirelles, os serviços *uti singuli* são aqueles que têm usuários determinados e utilização mensurável para cada destinatário, como ocorre como o telefone, a água e a energia elétrica, razão pela qual devem ser remunerados por *taxa* (tributos) ou *tarifa* (preço público) e não por imposto. Diferentemente, para o administrativista pátrio, os serviços *uti universi* são os que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como as atividades de

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p.308.

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed., 1979, p. 28. Para o autor, “quando o Estado interfere, suplementarmente, na exploração de atividade econômica ao desenvolver atividades desta natureza, estar-se-á diante de *serviços governamentais* e não de *serviços públicos*”, concluindo em seguida, às fls. 23 da mesma obra, que, “os serviços correspondentes à exploração de atividade econômica são serviços privados, atividades privadas e não serviços públicos”.

⁹⁹ Para Marçal, “ao longo do século XX, a ideologia do Estado de Bem-Estar significou a assunção pelo Estado de funções de modelação da vida social. O Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário. Invadiu searas antes reputadas próprias da iniciativa privada, desbravou novos setores comerciais e industriais, remodelou o mercado e comandou a renovação das estruturas sociais e econômicas. (JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 17).

polícia, iluminação pública, calçamento e outras dessa espécie, logo, devem ser mantidos por impostos (tributo geral) e não por taxa ou tarifa.¹⁰⁰

Hely Lopes Meirelles ainda classifica os serviços prestados pelo Estado em serviços públicos e em serviços de utilidade pública. Para o autor, os serviços públicos são regidos pelo critério da essencialidade e são considerados indelegáveis, pois, não raro, demandam atos de impérios e medidas compulsórias em relação aos administrados. Por outro lado, os serviços de utilidade pública são aqueles a Administração Pública tomou para si por livre conveniência porque objetivam a facilitar a vida do indivíduo na coletividade, portanto, sua prestação pode se dar diretamente ou por terceiros (concessionários permissionários ou autorizatários).¹⁰¹

Diante da intervenção estatal em todos os setores sociais, o regime jurídico dos serviços públicos e seu anteparo doutrinário adquiriram imensurável complexidade. Por isso mesmo, após o julgamento do *arrêt bac d'Eloka*¹⁰², a doutrina francesa começou a diferenciar os serviços públicos industriais e comerciais, sob o domínio do direito privado, dos serviços públicos administrativos, regidos pelo direito administrativo. Contudo, em que pese os esforços doutrinários em criar diferentes classificações quanto aos tipos de serviço público, falava-se em crise de sua noção, principalmente após as críticas que começaram a ser tecidas contra o Estado Social.

¹⁰⁰ Para diferenciar os casos de cobrança de tarifas, taxas ou impostos referentes aos serviços *uti singuli* e *uti universi*, Hely Lopes Meirelles ainda ressalva que “há que distinguir entre o serviço obrigatório e o facultativo. Naquele, a suspensão do fornecimento é ilegal, pois, se a Administração o considera essencial, impondo-o coercitivamente ao usuário (como é a ligação domiciliar à rede de esgoto e de água e a limpeza urbana), não pode suprimi-lo por falta de pagamento; neste, é legítima, porque, sendo livre sua fruição, entende-se não ser essencial, e, portanto, suprimível quando o usuário deixar de remunerar-lo, sendo, entretanto, indispensável aviso prévio.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 300).

¹⁰¹ Para justificar o enquadramento de determinado serviço em uma das duas categorias, Hely Lopes Meirelles frisa que, “o que prevalece é a vontade soberana do Estado, qualificando o serviço como *público* ou de *utilidade pública*, para sua prestação direta ou indireta, pois serviços há que, por natureza, são privativos do Poder Público e só por órgãos devem ser executados, e outros são comuns ao Estado e aos particulares, podendo ser realizados por aquele e estes.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 298).

¹⁰² Também denominado de caso da *Société Commerciale de l'Ouest Africain*, no *arrêt bac d'Eloka*, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 22 de janeiro de 1921, houve o julgamento de um acidente com uma balsa, que afundou com os vários automóveis transportados. Esse serviço era explorado pela Colônia francesa da Costa do Marfim em território africano, em condições iguais às de qualquer particular. Segundo Dinorá Grotti, “foi o marco inicial da jurisprudência que estendeu a aplicação do direito privado a certos serviços públicos. A idéia geral desta orientação jurisprudencial é a de que serviços públicos funcionando em condições análogas às das empresas particulares devem, em princípio, submeter-se ao direito privado. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op cit.*, p. 54).

4.4. DECADÊNCIA DO ESTADO SOCIAL E DESPRESTÍGIO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS:

Com a superação do liberalismo e instauração do Estado Social, o indivíduo, que antes não queria a ação do Estado passou a exigí-la. A publicização das atividades sociais resultou no agigantamento da estrutura estatal. Com o fito de, aparentemente, proteger o cidadão contra os interesses pessoais dos governantes, houve uma supradimensão da Administração Pública com o conseqüente aumento da burocratização¹⁰³. Entretanto, “a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços”.¹⁰⁴

A prevalência conferida à impessoalidade, não raro confundida com a indiferença, fez com que se iniciasse um novo império da lei formal, despida de qualquer conteúdo de justiça. Num aspecto negativo do princípio da legalidade, obedecesse à lei não porque ela seja justa, mas por conter uma ordem específica. Como bem salientou Arnaldo Wald, “na realidade, se, a partir de 1930, houve um esforço real do Poder Público para assegurar o crescimento econômico do país, ao contrário, os aspectos substanciais de sua reforma política e institucional foram relegados a um plano secundário, só merecendo soluções formais ou fictícias, verbais ou programáticas.”¹⁰⁵

Nesse contexto, ocorreu um desequilíbrio no princípio da separação de poderes frente ao fortalecimento exacerbado do poder do Executivo. O exercício das

¹⁰³ O acréscimo da máquina administrativa foi tão intenso que o tema da “burocratização do mundo” foi abordado por Max Weber. Nesse sentido, Carlos Eduardo Sell afirma que a burocratização weberiana atinge todas as esferas da vida social, não apenas o Estado, funcionando da seguinte forma específica: 1) rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas por leis ou por normas administrativas; 2) os princípios da hierarquia dos postos e níveis de autoridade significam um sistema firmemente ordenado de mando e de subordinação; 3) a administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (os arquivos); 4) a administração burocrática supõe um treinamento especializado e completo; 5) a atividade oficial exige plena capacidade de trabalho do funcionário, sendo o tempo e a permanência na repartição delimitados; 6) o desempenho do cargo segue regras gerais, mais ou menos estáveis ou exaustivas e que podem ser aprendidas. (SELL, Carlos Eduardo. *op. cit.*, pp. 136-138.).

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., 2002, p. 24.

atividades estatais assumidas, essencialmente, pelo Executivo não podia depender de lei, nem aguardar o moroso procedimento legislativo, razão pela qual se conferiu atribuição normativa ao Executivo. Às normas gerais e abstratas do Legislativo, somavam-se os inúmeros decretos do Executivo, que atendiam interesses específicos e localizados, dificultando o controle exercido pelo Poder Judiciário, já que seu foco de atenção deslocou-se somente para o viés formal da lei, sem se preocupar com o conteúdo de justiça.¹⁰⁶

Não se nega que o direito tornou-se instrumento estatal para a concretização de suas tarefas e que o serviço público observou seu crescimento nos países liberais. Mas, para tanto, o Estado colocou em segundo plano o problema dos limites de poder, refutando a principal garantia liberal: a liberdade individual. Nas palavras de GROTTI, “a liberdade individual foi posta em perigo, com a agravante de o Estado social não alcançar o seu objetivo de assegurar uma igualdade mais substancial para grandes camadas sociais, nem garantir uma plena igualdade mais substancial para grandes camadas sociais, nem garantir uma plena participação popular nos negócios públicos”.¹⁰⁷

Em que pese as críticas ao formalismo, à burocratização e aos excessos cometidos pelo Executivo terem sido maquiadas pela criação do Estado Democrático de Direito, não foi possível refutar as censuras populares contra a ineficiência dos serviços públicos, a qual foi agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar, especialmente, os países da América Latina. Difundiu-se a idéia de que, “no Brasil convivem uma Administração, que geralmente usa métodos arcaicos e mantém uma estrutura quase medieval, com alguns setores privados dotados das mais modernas técnicas de produção e de gestão que caracterizarão o início do século XXI.”¹⁰⁸

A multiplicação da população, ensejada pelos benefícios do Estado Social e pelos avanços medicinais, não foi acompanhada por uma evolução da estrutura administrativa, o que implicou uma redução da eficiência estatal. Outrossim, a

¹⁰⁵ WALD, Arnold, MORAES, 1932-. *O direito de parceria e a nova Lei concessões: análise das Leis 8.987/98 e a 9.074/95*, 1996, p. 24.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ibidem*.

¹⁰⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 65.

¹⁰⁸ WALD, Arnold, MORAES, 1932-. *op. cit.*, p. 20.

situação de insolvência governamental agravava-se com a inevitável comparação que se fazia entre o grau de eficiência das esferas pública e privada, já que a “informatização” passou a agilizar, desmesuradamente, as transações econômicas. Segundo Marçal Justen Filho, “não é possível negar a ocorrência da crise, nem ignorar os efeitos trágicos disso derivados: o esfacelamento das estruturas estatais, a erosão das políticas públicas, a incapacidade estatal de cumprir suas funções mais essenciais.”¹⁰⁹

Dessa forma, a hipertrofia do Estado resultou na crise desse modelo social, composta basicamente por duas dimensões: *crise fiscal*, decorrente do grande aumento das atribuições estatais, o que gerou um endividamento enorme para os cofres do Estado e a *hiperjuridicização da vida social*, pois o direito passou a ser utilizado como instrumento normatizador da intervenção estatal na sociedade, regulando os mais diversos campos da realidade social, o que redundou na perda de coerência e de eficácia do ordenamento jurídico.¹¹⁰ Essa época de transformações políticas e econômicas fica bem compreendida no seguinte trecho da obra de Aguillar:

“Essa exuberância estatal conheceu seu declínio com a própria queda do regime política militar, já a partir dos anos oitenta do século XX. A opinião pública e o empresariado foram sendo grandemente influenciados por reações liberais, econômicas e políticas provenientes de várias partes do globo. O enorme déficit fiscal erodiu a capacidade de investimentos estatais, deteriorando sua aptidão a preservar e expandir o equipamento urbano e de serviços públicos em geral. A par disso, organismos de financiamento internacional, passaram a condicionar seus empréstimos ao cumprimento das receitas formuladas pelo FMI e pelo Banco mundial, fortemente impregnadas de uma mentalidade privatizante.”¹¹¹

A partir de então, a encampação estatal dos investimentos inviáveis ou indesejáveis aos particulares ofuscou-se em prol do ressurgimento de antigos dogmas de abstenção estatal. Diante da incapacidade estatal de expandir os

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 19.

¹¹⁰ GUIMARÃES, Guilherme Cintra. “O Direito Administrativo e a Reforma do Aparelho do Estado: uma Visão Autopoiética.” In: *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*, 2003, p. 62.

¹¹¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, pp.208-209.

serviços públicos e de investir em infra-estrutura, a iniciativa privada passou a liderar o investimento em serviços públicos, sinalizando ao Estado a tarefa de regulá-los. Para Bárbara Barbosa de Brito e Antonio Silveira, esse fenômeno ficou muito mais evidente entre os países emergentes da Ásia e da América Latina, já que as crises cambiais da segunda metade dos anos 90 acabaram por forçar regimes fiscais contracionistas em maior ou menor grau.¹¹²

Assim, identifica-se o Estado não apenas como o causador de gigantescos endividamentos públicos, mas também como mau prestador de serviços públicos, tornando o cidadão cativo e sufocado pela própria ineficiência estatal. Visto com descrédito, criou-se um certo consenso de que devia haver um enxugamento dos encargos estatais, restituindo-os à iniciativa privada. Para Bárbara Barbosa de Brito e Antonio Silveira, “um dos reflexos mais nítidos desta tendência foi a reorganização patrimonial do setor público, por meio dos grandes processos de desestatização, que interferiu de maneira decisiva na forma de provimento de bens e serviços públicos”.¹¹³

As críticas tecidas contra a gigantesca estrutura estatal surtiram reflexos diretos na teoria dos serviços públicos, de modo que se passou a falar em crise de sua noção. Afinal, a noção de serviço público tornou-se elástica, sofrendo constantes deformações, para legitimar a intromissão estatal no domínio privado. Acentuou-se a impossibilidade de caracterização única dos serviços públicos, diante da falta de consonância entre os elementos subjetivo, objetivo e formal, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal. Nas palavras de Jean Rivero, “há uma dissociação dos sentidos orgânico e material. A dissociação é igualmente freqüente entre os dois primeiros sentidos e o regime jurídico de serviço público: as tarefas de interesse público assumidas na ordem econômica pelas empresas públicas estão, na maior parte dos casos, submetidas ao direito privado.”¹¹⁴

A partir de 1950, constantes críticas passaram a bombardear a noção de serviço público, vítima de sua própria amplitude e da desconformidade entre seu

¹¹² BARBOSA DE BRITO, Bárbara Moreira, SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. “Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. *RSP – Revista do Serviço Público*. Vol. 56, n.º I, Jan./Mar. 2005, p. 08.

¹¹³ *Idem, op. cit.*, p. 07.

¹¹⁴ RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 493.

entendimento doutrinário clássico e a realidade social. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, a noção de serviço público também foi usada “para batizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de Direito Privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob o impacto de regras publicísticas (‘serviço público virtual’)¹¹⁵. Assim, tornou-se excessivamente ampla e inútil para fins¹¹⁶ de repartição de competência entre as duas jurisdições existentes na França.

Nessa esteira, Paul Couzinet, em prefácio à obra de Jean-Louis de Corail, salienta que a aparição das empresas rotuladas de serviços públicos com caráter industrial e comercial ensejou a crise do elemento formal, ao passo que a criação de certas instituições de natureza corporativa a partir de 1940 originou o afastamento do elemento orgânico e, por fim, a multiplicação das empresas nacionalizadas teria refutado os critérios orgânico e formal. Para Corail, a aplicação do direito privado à Administração não aparecia como excepcional, mas com caráter normal, razão pela qual conclui seu trabalho afirmando que, no direito administrativo francês, a noção de serviço público teria fugido totalmente das raízes da Escola de Bordeaux.¹¹⁷

Embora as críticas tenham maculado a noção de serviço público a partir da metade do século passado, ressaltando que sua amplitude e sua flexibilização nem sempre observavam os requisitos jurídicos, positivados ou não, a idéia de serviço público continuou a ser utilizada, mesmo com o desmoronamento do Estado Social. Afinal, tal instituto jurídico ainda legitimava a atuação e o intervencionismo estatal no fim quixotesco de cumprir as missões de interesse geral em benefício do bem comum. Assim, cumpre verificar se a estruturação do Estado Subsidiário, no bojo daquela gigantesca estrutura estatal, propiciou novos ataques doutrinários à noção de serviço público.

¹¹⁵ Uma noção ampla de serviço público que prioriza a atividade material de interesse geral corresponde ao serviço público virtual, definida por Jean Rivero como “qualquer atividade, que, tendo uma ligação com o interesse geral, é susceptível de ver aplicarem-se-lhe, em caso de claudicação da actividade privada, alguns elementos do regime do serviço público.” Após definir serviço público virtual, o autor frisa que “uma tal noção, puramente subjetiva, é demasiado vaga para que lhe seja reconhecido algum valor jurídico.” (RIVERO, Jean. *op. cit.*, p. 493)

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2003, p. 613.

¹¹⁷ CORAIL, Jean-Louis. *La crise de la notion juridique de service publique em droit administratif français*. Paris, LGDJ, 1954.

4.5 A GÊNESE DO ESTADO SUBSIDIÁRIO E A “SETORIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS”:

Não há dúvidas de que as críticas que se teciam em relação à ineficiência do Estado Social originavam-se de uma série de fatores negativos, dentre eles, o flagelo da inflação, o endividamento externo, o aumento da burocracia estatal, a ineficiência dos serviços públicos e um asfixiante intervencionismo.¹¹⁸ Contudo, a manutenção da gigantesca máquina estatal perdurou até que houvesse a consolidação de duas variantes: a derrocada do socialismo pragmático e a reanimação da iniciativa privada, propiciando uma conjuntura favorável para fortalecimento do fenômeno globalizante.

Num prisma marxista, o Estado pode ser entendido como um instrumento de luta de classe, juntamente com as demais instituições sociais localizadas na superestrutura do sistema capitalista, através dos quais a burguesia, isto é, a classe econômica e politicamente dominante, procura a manutenção do *status quo*. Durante o Estado Social, para amenizar as ameaças do “sonho socialista” e para preservar as características básicas do modo de produção capitalista, a burguesia teve que recorrer ao crescente intervencionismo estatal, com a finalidade de oferecer para as classes desfavorecidas uma parte daquilo que era prometido pelo socialismo, prestando serviços sociais.

Enquanto figura simbólica de um mundo bipolarizado, a queda do Muro de Berlim evidenciou o fiasco da experiência da planificação total da economia, promovida na União Soviética e no Leste Europeu. Com o declínio dos ideais socialistas, não mais existiam os motivos que determinavam a manutenção do dispendioso Estado Social, razão por que renasceram os dogmas clássicos do capitalismo sob a roupagem do neoliberalismo.¹¹⁹ Não é por outra razão que Arnold Wald afirma que, “em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polêmicas.”¹²⁰

¹¹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 4ª ed, vol. 01, 1992, p.60.

¹¹⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 66.

¹²⁰ WALD, Arnold. *op. cit.*, p. 19.

Num enfoque liberal, pregava-se a superioridade dos particulares para liderar e conduzir as relações sociais, já que a iniciativa privada não apenas recepcionaria com maior rapidez os avanços tecnológicos da informática e dos meios de comunicação, mas também estaria mais preparada para o “encurtamento das distâncias” e para o inevitável processo de abertura da economia mundial. Com as crises cíclicas do capitalismo nas décadas de 70 e de 80, tais dogmas neoliberais foram concretizados pelas administrações Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e no Reino Unido, traduzindo uma ampla tendência de desregulamentação setorial, acompanhada de uma indução à competição internacional.¹²¹

No final da década de 70, as idéias Keynesianas de intervenção estatal na economia eram vistas com descrédito no cenário econômico mundial, uma vez que os grandes organismos políticos e financeiros passaram a partilhar as mesmas opiniões e propostas. Sob custódia do governo americano, elaborou-se o “Consenso de Washington” com a colaboração do *Federal Reserve*, dos ministérios das finanças dos demais países do G7 e dos presidentes dos vinte maiores bancos internacionais. Esse consenso propunha dez reformas básicas, dentre elas, o combate ao *déficit* público pelo aumento da carga tributária, a redução das despesas públicas com a superação dos subsídios, a privatização de empresas públicas e a desregulação das atividades produtivas.¹²²

A partir da década de 80, sob influência neoliberal, as mudanças políticas implantadas no Estado começaram a surtir efeitos na Administração Pública, acarretando uma profunda transformação no regime dos serviços públicos, que são de inspiração européia, mais especificamente, francesa. Como salienta Alexandre Santos de Aragão, “fortaleceu-se a caracterização do serviço público como espécie de atividade econômica, propugnando-se que, senão em todas, pelo menos em muitas das atividades até então submetidas a este regime, a instalação da concorrência”.¹²³ A concorrência justificar-se-ia no viés econômico dos serviços

¹²¹ BARBOSA DE BRITO, Bárbara Moreira, SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. *op. cit.*, p. 07.

¹²² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 67.

¹²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 51.

públicos, uma vez que eles envolvem alocação de recursos materiais escassos para a satisfação de certas necessidades coletivas.¹²⁴

Nesse sentido, Vivian Cristina Lima López Valle salienta que Eros Grau proclama o serviço público como uma modalidade de atividade econômica, já que, pelos ditames constitucionais, a intervenção estatal direta no domínio econômico dar-se-ia de dois modos: pelo exercício de atividade econômica em sentido estrito, regida pelo direito privado, e pela prestação de serviços públicos, orientada pelo direito público.¹²⁵ Contudo, salientando a fluidez da noção de atividade econômica, Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que seria inócuo configurar atividade econômica como aquela suscetível de produzir lucro, afinal, “qualquer atividade (salvantes as de mera benemerência) e mesmo os serviços públicos mais típicos são suscetíveis de lucro e de exploração lucrativa. Aliás, se não o fossem, não poderia existir a concessão de serviços públicos.”¹²⁶

Uma vez incluída no rol das atividades econômicas, a ávida iniciativa privada pleiteou a instalação do regime de concorrência na prestação dos serviços públicos, principalmente nos serviços públicos de rede, como água, luz, telefone, que são os mais lucrativos, contrapondo-se a idéia de que a criação de um serviço público acarreta a redução da órbita privada. A partir de então, a própria concorrência passou a ser entendida como um mecanismo de preservação dos direitos individuais e sociais, já que a prestação de um serviço público por diferentes empresas concorrentes ensejaria vários benefícios aos usuários.

Cabe ainda ressaltar que, a política neoliberal aconselhava a substituição do Estado pela iniciativa privada, por ser esta mais apta a gerir atividades comerciais e industriais. Logo, maximizou-se o processo de privatização, a fim de diminuir os gastos públicos com empresas estatais deficitárias, retornando às formas de gestão privada dos serviços públicos. Assim, a privatização privilegiaria a liberdade econômica pela desregulação e pela eliminação de monopólios, reservando-se ao

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 19. Na mesma página, Marçal frisa que, “o serviço público é um conceito que não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta caracteres econômicos. É possível, isto sim, diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica”.

¹²⁵ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *op. cit.*, p. 512.

¹²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2003, p. 640.

Estado as tarefas de subsidiar a gestão privada.¹²⁷ Nessa esteira, Carlos Juan Cassagne descreve, com proeza, a redução dos encargos estatais:

“Paralelamente, se desencadena un proceso de transferencia de empresas y bienes del Estado hacia los particulares, privatizándose importantes sectores de la actividad estatal, inclusive aquellas prestaciones que se engloban bajo la figura del servicio público, lo cual acentúa la colaboración de los administrados en la gestión pública, que no pierde este carácter por el hecho de ser gestionada por personas privadas.”¹²⁸

Diante da nova visão do papel do Estado, que impôs a redução de seu tamanho, obteve-se, estrategicamente, a descentralização desejada por meio de privatizações¹²⁹, terceirizações¹³⁰ e publicizações¹³¹, com o conseqüente fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora. Esse enxugamento estatal ocorre pela venda de ações das empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada.¹³² Almeja-se,

¹²⁷ idem, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *op. cit.*, p. 60

¹²⁹ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o termo “privatização” pode ser entendido num sentido amplo e num sentido estrito. Um conceito bem amplo de privatização abrange todas as medidas adotadas com o intuito de diminuir o tamanho do Estado e que compreendem a desregulação (diminuição da intervenção estatal no domínio econômico), a desmonopolização de atividades econômicas, desnacionalização ou a desestatização (que é a venda de ações de empresas estatais ao setor privado), a concessão de serviços públicos e a terceirização. Diferentemente, um conceito restrito de privatização abrange apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., 2002, pp. 19-20).

¹³⁰ As terceirizações podem ser entendidas como os vários tipos de acordo mediante os quais a Administração Pública busca parceria com o setor privado, caracterizando os *contracting out services*, que constitui uma das medidas reformistas implantada na Grã-Bretanha em 1994 pela Lei *Deregulation and Contracting Out Act*, a qual institucionalizou a concorrência e o livre mercado no setor público. (JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, 158).

¹³¹ Segundo Dinorá Grotti, o programa de publicização (palavra criada para distinguir este processo de reforma de privatização) consiste na absorção de serviços não-exclusivos por um setor público não-estatal, onde, uma vez fomentados pelo Estado, assumirão a forma de entidades qualificadas como organizações sociais, de propriedade pública não-estatal, as quais, mediante contratos de gestão com o Poder Público, receberão dotações orçamentárias. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, pp. 151-152).

¹³² No que tange às parcerias entre as esferas pública e privada, Bárbara Barbosa Moreira de Brito e Antonio Henrique Pinheiro Silveira destacam que, “o modelo brasileiro emprega a terminologia PPP em seu sentido estrito: é uma forma de provisão de intra-estrutura e serviços públicos em que o parceiro privado é o responsável pela elaboração do projeto, financiamento, construção e operação de ativos, que posteriormente são transferidos ao estado. O setor público torna-se parceiro na medida em que ele é comprador, no todo ou em parte do serviço disponibilizado”. (BARBOSA DE BRITO, Bárbara Moreira, SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. *op. cit.*, p. 08).

assim, maior participação dos particulares na gestão dos negócios do Estado mediante a injeção de capital privado nos serviços públicos sucateados.

Todavia, em tempos de globalização e de transnacionalização das trocas, fazia-se necessário frear a avassaladora onda liberal, sem que isso implicasse o restabelecimento do paradigma socialista. Ora, a experiência do Estado Social havia demonstrado que o aumento quantitativo de suas funções não correspondia, necessariamente, à majoração qualitativa dos serviços e das atividades públicas. Logo, refuta-se um Estado amplo e castrador, que retira todas as funções da esfera privada por supor a incapacidade absoluta dos particulares. Por outro lado, não se almeja, igualmente, um Estado despercebido e inerte, que não interfere nas relações sociais em busca do equilíbrio entre os desiguais, afinal, o Estado Liberal mostrou-se incapaz de promover o cidadão.

Como bem ressaltou Maria Sylvia Zanella di Pietro, “parece que o que muda é principalmente a ideologia¹³³, é a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. Não se quer mais o Estado prestador de serviços, quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada (...)”.¹³⁴ Além disso, refuta-se a pretensão, substancialmente totalitária, de diluir a sociedade no Estado e de podar a espontaneidade do cidadão. Logo, torna-se imprescindível distinguir Estado e Sociedade para que não se confundam os interesses sociais com as finalidades estatais¹³⁵. A sociedade já não aceita que o Estado intervenha ativa e diretamente no campo do domínio econômico, assumindo as tarefas cabíveis aos particulares.

¹³³ Para Karl Mannheim, “a concepção particular de ideologia é implicada quando o termo denota estarmos céticos das idéias e representações apresentadas por nosso opositor. Estas são encaradas como disfarces mais ou menos conscientes da real natureza de uma situação, cujo reconhecimento não estaria de acordo com seus interesses. Essas distorções variam numa escala que vai desde as mentiras conscientes até os disfarces semiconscientes e dissimulados. Esta concepção de ideologia, que veio gradativamente sendo diferenciada da noção de mentira, encontrada no senso comum, é particular em vários sentidos. Sua particularidade se torna evidente quando é contrastada com a concepção total, mais inclusiva, da ideologia. Referimo-nos aqui à ideologia de uma época ou de um grupo histórico-social concreto, por exemplo, a de uma classe, ocasião em que nos preocupamos com as características e a composição da estrutura total da mente desta época ou deste grupo. (MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 4ª ed., 1986, p. 61).

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

¹³⁵ Nesse diapasão, Juan Carlos Cassagne relembra que “la lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado no constituye un nuevo fenómeno socio-político (...)” (CASSAGNE, Juan Carlos. *op.cit.*, p. 65). Igualmente, Gilles J. Guglielmi lesiona que, “même si le premier est une émanation de la seconde, l’État et la Société sont et doivent être distingués. Si l’on peut admettre en effect, que l’État n’est que la cristallisation d’un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés (...)” (GUGLIELMI, Gilles J. *op. cit.*, p. 15).

Na medida em que algumas experiências objetivas mostraram que o modelo puro de privatização era problemático em setores de utilidade pública, aprimoraram-se a estruturação dos empreendimentos estatais e o aparato regulatório.¹³⁶ Ou seja, o retorno aos dogmas liberais clássicos precisa ser amenizado por uma atividade regulatória, apta a direcionar a atividade privada, rumo à concretização dos fins constitucionais. Fugindo dos extremos do liberalismo e do socialismo, desponta a conceitualização do princípio da subsidiariedade, enquanto medida alternativa e ajustável ao atual paradigma. Conforme disserta José Alfredo de Oliveira Baracho:

“Dentre os diversos problemas, de difícil transposição, para uma sociedade justa, pressupõe-se que a realização das liberdades recusa a intervenção estatal, enquanto a efetivação de certa igualdade implica intervenção estatal. A idéia de subsidiariedade seria a recusa radical das duas teorias opostas (liberalismo e socialismo), com a aceitação de formas dotadas de solidariedade, sendo que a idéia de subsidiariedade seria o eixo central, que permitiria ultrapassar a dicotomia e efetuar a passagem para nova forma de existência política, social, econômica e jurídica. A questão política está vinculada à definição do perfil do Estado, desde que a não-ingerência ou a ingerência por instâncias públicas são igualmente indispensáveis, pelo que impõe traçar fronteira, com a definição de critérios e as justificações necessárias. O princípio da subsidiariedade pressupõe a sociedade civil assentada em certos parâmetros, voltados para o interesse geral, sendo que esse efetiva-se através de ações livres, em parte pela ação pública”¹³⁷

Embora seja bem anterior à concepção do Estado Democrático de Direito, o princípio da subsidiariedade adquire atualmente importância fundamental na definição do papel do Estado. Oriundo do Direito Canônico, onde funcionava com princípio harmonizador da estrutura institucional da Igreja Católica, sua assunção ocorreu com a Doutrina Social da Igreja, em reação ao controle extremo exercido pelo fascismo. Frisa-se ainda que a difusão do princípio da subsidiariedade deu-se principalmente pelas Encíclicas *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XII, *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e *Centesimus Annus* (1991), de João Paulo II. Em síntese, as cartas circulares pontifícias

¹³⁶ BARBOSA DE BRITO, Bárbara Moreira, SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. *op. cit.*, p. 08.

¹³⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*, 1997, p. 63.

pregavam que o fim natural da sociedade é coadjuvar os seus membros na busca do bem comum, e não destruí-los, nem absorvê-los.¹³⁸

Vinculando-se diretamente à organização da sociedade, o princípio da subsidiariedade procura reger as relações da Igreja Universal com seus fiéis, bem como dos poderes públicos com os cidadãos e com os corpos intermediários, entendendo que todo ordenamento deve proteger a autonomia da pessoa humana. Por isso mesmo, ele deve ser interpretado no sentido de preservar a individualidade dentro dos agrupamentos sociais. Nesse sentido, a colaboração entre Estado, as comunidades menores e os organismos particulares é um fenômeno inerente ao princípio da subsidiariedade, uma vez que o Estado não pode ser considerado como corpo estranho, em que os cidadãos são vistos burocraticamente.¹³⁹

Pressupondo a existência de relações hierárquicas entre os agentes sociais que compõem um sistema funcional, a idéia da subsidiariedade pode ser compreendida pelos enfoques negativo e positivo. Pelo prisma negativo, o princípio da subsidiariedade veda a interferência do Estado naquelas atividades que os particulares podem realizar por sua própria iniciativa, proibindo-lhe ainda o exercício de atividades que podem ser cumpridas por comunidades menores ou por comunidades intermediárias. Diferentemente, pelo aspecto positivo, referido princípio justifica a intromissão do Estado no plano sócio-econômico, desde que fique constatada a incapacidade dos órgãos menores para realizar certa tarefa.¹⁴⁰

Outrossim, assevera-se ainda que o princípio da subsidiariedade coaduna-se, intimamente, com os axiomas de uma sociedade pluralista. Afinal, a construção de uma sociedade em que os cidadãos participem das funções sociais leva em conta que a comunidade é formada por sujeitos pertencentes à grupos diferentes e, até mesmo, opostos. Para Marçal Justen Filho, “há uma pluralidade de interesses públicos e privados, inconfundíveis e reciprocamente excludentes, que não podem ser considerados como se fossem homogêneos”.¹⁴¹ A transferência de algumas responsabilidades para diferentes atores e grupos sociais propicia uma atuação

¹³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., 2002, p. 27.

¹³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.*, pp. 21-40.

¹⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *op. cit.*, p. 62.

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 12.

conjunta, afastando-se da individualidade liberal e da massificação daquele cidadão passivo às transformações sociais.

Assim, o repúdio à concepção de que toda atividade privada retrata manifestações puramente egoísticas e individualistas implicou a conseqüente redução da atuação direta do Estado nas atividades econômicas. Em contrapartida, a regulação disciplinatória da atuação privada deixou de ter caráter acessório para se tornar a principal medida interventiva do Estado, transcendendo apenas à função de restringir manifestações negativas de individualismo para conduzir uma atuação positiva dos particulares. Nesse contexto, o Estado deixa de ser agente econômico para se tornar árbitro das atividades privadas, o que não significa a negação de sua primordial função de promover o bem-estar, já que o ideário do Estado do Bem-Estar continua vigente.¹⁴²

Distanciando-se de um dirigismo econômico ao recorrer à desregulação, o Estado não mais intervém, incisivamente, nas atividades econômicas produtivas, respeitando os princípios da livre iniciativa e da livre empresa. Numa expressão de confiança na capacidade emancipatória da atuação privada, o Estado busca uma cidadania ativa por meio da delegação aos particulares das incumbências que lhe cabiam outrora no domínio econômico. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a regulação incorpora a concepção da subsidiariedade”¹⁴³, vez que se prioriza uma atuação regulada e orientada dos particulares, ou seja, o Estado assumirá a satisfação dos interesses coletivos somente numa segundo momento, após a constatação da ineficiência da esfera privada.

Sem deixar de priorizar os direitos fundamentais, a regulação estatal mantém-se nas atividades econômicas e sociais que se revestem de valores fundamentais, de modo de que o instrumento regulatório possa orientar os particulares no cumprimento das missões de interesse geral. Nesse sentido, Fernando Herren Aguillar afirma que, “a contrapartida necessária da desconcentração regulatória operacional em matéria de serviços públicos é a concentração regulatória normativa,

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 21. Para Marçal, a atual regulação setorial, em que se pese ser mais branda que o dirigismo de outrora, comporta uma ordem positiva, isto é, precisa ser objetiva enquanto norma imperativa.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 21.

o controle estatal, por exigência constitucional".¹⁴⁴ Noutras palavras, a outorga da prestação de serviços públicos aos particulares exige mecanismos de regulação normativa, o que acabou por ensejar o avultamento da produção legislativa de matéria regulatória.

Assim, promovendo as transformações nas estruturas sócio-econômicas e jurídicas existentes sem, contudo, romper totalmente com os modelos vigentes, surge o Estado Subsidiário ou Estado Regulador, numa opção moderadora e diferente dos Estados Liberal e Social. Afinal, em que pese a prevalência da atuação dos particulares por meio da liberalização do mercado, mantêm-se determinados postulados do Estado Democrático de Direito, como a independência do Poder Jurisdicional e a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade e ao regime garantístico das liberdades pessoais.¹⁴⁵ Enfim, equilibra-se o abstencionismo estatal, típico do Estado Liberal do século XIX, com um limitado e razoável intervencionismo estatal.

Nesse paradigma, o Estado é o responsável pela execução das atividades que satisfazem as necessidades públicas, mas não é o seu único ator, já que a sociedade civil também deve contribuir para a realização das missões de serviço público. Esse é o entendimento que separa a idéia de Estado-providência de Estado-subsidiário.¹⁴⁶ Por outro lado, não se confunde o Estado Subsidiário com o Estado Mínimo, pois, neste, o Estado exercia somente as atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, ao passo que naquele, não apenas as atividades essenciais e típicas do Poder Público ficam sob o manto estatal, mas também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar.¹⁴⁷ Nas palavras de Juan Carlos Cassagne:

“el principio básico que legitima la intervención del Estado en el plano político, económico e social es el de la suplencia. Por la aplicación de esta regla fundamental el Estado conserva ciertas funciones consideradas, en principio, indelegables e irrenunciabiles (justicia, defensa, seguridad, relaciones exteriores), que le son

¹⁴⁴ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, p. 213.

¹⁴⁵ CASAGNE, Juan Carlos. *op. cit.*, pp. 58-60

¹⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4^a ed., 2002, p. 27.

inherentes en virtud de la soberanía que traduce el bien común que mediante ellas persigue, al par que presta servicios públicos o realiza actividades en caso de insuficiencia de iniciativa privada o como complemento de ésta, siendo ejemplos de la concepción subsidiaria lo que acontece en materia de previsión social, salud, educación y transporte.”¹⁴⁸

Nesse sentido, a paulatina legitimação do Estado Subsidiário e Regulador deu-se após a inserção do princípio da subsidiariedade no *Tratado de Maastricht*, passando a influenciar, no âmbito do direito comunitário, todos os Estados-Membros da Comunidade Européia. Pela aplicação do princípio da subsidiariedade, ampliaram-se as atribuições das instituições comunitárias da União, mas o exercício dessas atribuições fica limitado às hipóteses de ineficiência dos países-signatários em executar determinadas tarefas, preservando, dessa forma, a autonomia e parcela da soberania dos Estados.¹⁴⁹ Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, “os estados-membros confiam às instituições comuns, nos termos do princípio da subsidiariedade, as competências necessárias para manter as tarefas que podem realizar, de maneira mais satisfatória do que os estados isoladamente.”¹⁵⁰

Enquanto novo modelo de organização do poder político, as instituições comunitárias européias assumiram gradativamente funções de cunho normativo, vinculando os Estados signatários com o objetivo de aproximar as legislações vizinhas. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “a União Européia não presta diretamente serviços públicos, mas é titular de competências regulativas aptas a determinar o perfil das atividades econômicas e não econômicas em todos os Estados-membros”.¹⁵¹ Cristaliza-se, dessa forma, uma estrutura institucional governativa concentrada nas competências regulatórias, que passam a influenciar não só os países da União Européia, mas também os países periféricos, que, não raro, sustentam-se com o *maná doutrinário e político* oriundo dos países centrais.

Na América Latina, o princípio da subsidiariedade tem legitimado as reformas estatais promovidas no Chile, México, Bolívia, Argentina, Brasil e Uruguai, sempre com o objetivo de diminuir o tamanho com Estado em prol da prevalência da

¹⁴⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed., 2002, p. 28.

¹⁵⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.*, p. 72.

liberdade econômica, que se operacionaliza por meio do processo de privatização. Da mesma forma como o fez Sancho Pança, os Estados capitalistas periféricos, estimulados pelo oportunismo pragmático, mantêm em suas Constituições os ideais quixotescos do Estado Social, mas revestem o sistema jurídico com várias normas criadoras de uma estrutura regulatória, objetivando a desincumbência das missões de interesse geral e a modernização dos serviços públicos. Nesta esteira, Juan Carlos Cassagne abordou o tema no trecho infra exposto de sua obra:

“La desaparición del *Estado benefactor*, cuya estructura modélica continúa aún formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinados principios como el de la libertad de mercado, se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y actualmente, de América Latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales.”¹⁵²

No Brasil, a tarefa de redução do tamanho do Estado iniciou-se com a promulgação da Constituição de 1988, eis que a democratização significou a redução de competências estatais e a modificação qualitativa do instituto da discricionariedade administrativa.¹⁵³ Todavia, com a abertura econômica, exigiam-se uma reforma constitucional, um reajuste fiscal e uma revisão legislativa, capazes de retirar o excesso de suas atribuições estatais. Em crítica severa ao Brasil, Arnold Wald afirmou que, “tivemos uma mudança de forma política, mas que, no fundo, não evoluímos muito, pois mudamos mais os rostos e o *status* imperial do que o regime, ou seja, o comportamento e o método de gestão dos governantes, que continua opondo o Estado administrador à sociedade civil.”¹⁵⁴

Nessa esteira, o próprio presidente Fernando Henrique Cardoso destacou em seu governo que “a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia”.¹⁵⁵

¹⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 26.

¹⁵² CASSAGNE, Juan Carlos. *op. cit.*, p. 66.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 15.

¹⁵⁴ WALD, Arnold. *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁵ BRASIL. Câmara da Reforma do Estado. In: Ministério do Planejamento. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/gestao/conteudo/publicacoes/plano_diretor/portugues.htm> Acesso em 02 ago. 2005.

Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁶, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado em 1995, fixou quatro setores básicos na tentativa de transpor de um sistema administrativo burocrático-weberiano para o sistema gerencial:

- a) núcleo estratégico, responsável pelo exercício das funções públicas primordiais no pleno gozo da soberania estatal, integrado pelos Poderes Legislativo e Judiciário, Ministério Público e a parte do Poder Executivo responsável pelo planejamento de políticas públicas;
- b) atividades exclusivas, referentes à atividade administrativa indelegável por exalar a *puissance publique*, por meio do exercício do poder de polícia, das regulações, das fiscalizações, da cobrança de impostos, etc, prevendo mais participação popular e a transformação de autarquias e fundações em agências autônomas, mediante celebração de contrato de gestão.
- c) serviços não-exclusivos, que são prestados pelo Estado porque visam à proteção dos direitos humanos fundamentais ou porque possuem “economias externas” (benefícios difundidos pela sociedade), como as universidades e hospitais, prevendo o processo de publicização mediante a transferência de tais atividades para as organizações sociais.
- d) produção de bens e serviços para o mercado, assumidas anteriormente pelo Estado porque faltaram investimentos privados ou porque constituíam monopólios naturais, propondo-se um amplo programa de privatização, mas sob rígida regulação.

Após a implantação de tais medidas, verificou-se no cenário nacional, o fenômeno da “setorização dos serviços públicos”¹⁵⁷, que consistiu na criação de agências reguladoras e de regimes jurídicos específicos para determinadas atividades prestacionais, a fim de atender novas exigências. Como ressalva Álvaro

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, pp. 39-46.

¹⁵⁷ Segundo Alexandre Santos de Aragão, “estamos diante do que muitos qualificam como uma regulação estruturada em redes normativas fluidas e pouco hierarquizadas: a idéia de regulação surge em um campo jurídico em forma de rede, que permite delicadas operações de equilíbrio entre

E. Mora Espinoza, “aparecen nuevos derechos que el ordenamiento debe regular y tutelar, con lo cual se va a exigir del Estado una actitud más determinante, para crear y establecer las condiciones necesarias y más favorables para el desenvolvimiento del individuo en la colectividad”.¹⁵⁸ Para tutelar esses novos direitos, as leis criadoras das agências reguladoras têm previsto formas de controle social dos serviços públicos, como as audiências públicas e as ouvidorias, permitindo maior participação popular na gestão pública.¹⁵⁹

Outrossim, instituíram-se regimes jurídicos específicos para determinados tipos de serviço público, como ocorre nos setores da energia elétrica e da telefonia fixa, visando, assim, à realização de novos interesses coletivos, oriundos dos avanços tecnológicos. Num contexto de reanimação da noção sociológica de solidariedade orgânica¹⁶⁰, a especialização disciplinar e a complexidade técnica dos serviços públicos prejudicam a submissão de todas as atividades prestacionais a um regime jurídico caracterizado por sua rigidez e especificidade. Essa é a razão por que o regime jurídico universal dos serviços públicos passou a abarcar apenas suas características e seus princípios gerais.

Muitas das características clássicas dos serviços públicos continuam a ser aplicáveis, mas apenas a alguns tipos de serviços. Isto é, a rigidez do regime publicístico alcança as atividades mais essencialmente vinculadas aos direitos fundamentais. Nota-se que a impossibilidade de generalizações universais reside exatamente na multiplicação dos regimes jurídicos diferenciados.¹⁶¹ Em que pese as discrepâncias de natureza técnica, os diferentes serviços públicos possuem elos em comum, conforme dispõe Dinorá Grotti, no seguinte fragmento de sua obra:

fontes de poder ao mesmo tempo complementares e concorrente (...)” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, 2002, p. 105).

¹⁵⁸ ESPINOZA, Álvaro E. Mora. *op. cit.*, p. 129.

¹⁵⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. *op. cit.*, pp. 248-254.

¹⁶⁰ Segundo Carlos Eduardo Sell, “na sociedade de solidariedade orgânica, os indivíduos estão integrados na coletividade porque cada um passa a depender do outro. Este fenômeno se deve à especialização de funções, ou, à divisão social do trabalho. (...) As sociedades modernas são caracterizadas por diferentes esferas sociais que se diferenciam e especializam cada vez mais: a economia, a vida política, a cultura, a educação, a arte e outras esferas vão se separando cada vez mais entre si e adquirindo uma dinâmica própria de funcionamento.” (SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia clássica: Durkheim, Weber e Marx*. 3ª ed., 2002, pp. 74-75).

¹⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 496.

“Constata-se, porém, em face da diversificação de serviços públicos de alguma forma afetos ao Estado, que, embora estejam os serviços públicos submetidos a um regime jurídico, não existe uma totalidade normativa aplicável a todos eles. O que há são pontos comuns entre os diferentes serviços públicos, princípios fundamentais que se aplicariam sem distinção de seu modo de exercício, que lhes conferem prerrogativas e restrições especiais em relação aos particulares. Isso não impede que os serviços sejam regidos por outras regras e princípios específicos, de acordo com as peculiaridades da atividade exercida, de forma a possibilitar o atendimento de seus objetivos.”¹⁶²

5. A REVALORIZAÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO:

Na onda das idéias reducionistas e subsidiárias, os serviços públicos sofreram novamente uma série de ataques. Contudo, as novas críticas não censuram o uso abusivo do instituto para legitimar todas as ações estatais, como ocorria na crise do Estado Social. Critica-se a ausência de operatividade da noção e a falta de importância jurídica do instituto, gerando uma crise dogmática e institucional.¹⁶³ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “chegou-se a apregoar o *fim da noção de serviço público* e uma superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano”.¹⁶⁴

Gaspar Ariño Ortiz alinha-se dentre os autores que afirmam a morte do serviço público. Embora não desconsidere as conquistas sociais passadas do instituto, o autor afirma que é preciso “desideologizar” a política econômica, a fim de que haja a transferência das atividades econômicas do Estado ineficiente para a iniciativa privada. Para o autor, um novo conceito de serviço público poderia ser formado com vistas a um modelo de regulação econômica de mercado. Por isso mesmo, Ortiz defende que a noção tradicional de serviço público deve ser substituída pelas noções de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”.¹⁶⁵

¹⁶² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, pp. 256-257.

¹⁶³ *Idem*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed, 2003, p. 614.

¹⁶⁵ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, p. 122.

Assim, numa expressa opção de neutralidade terminológica, despontam-se, no seio do direito comunitário europeu, as noções de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”. A matéria referente aos serviços de interesse econômico geral tem sua função exposta no artigo 16 do Tratado da Comunidade Européia¹⁶⁶ e tem seu acesso garantido no artigo 36 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia¹⁶⁷. Contudo, sua gênese normativa comunitária reside no artigo 86, § 2º, do Tratado da Comunidade (antigo artigo 90 do Tratado de Roma), que dispõe:

“As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, *na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada*. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade”. (sem destaque no original).

Nessa esteira, é preciso levar em conta que, no âmbito do direito comunitário, os serviços de interesse econômico geral se traduzem em bens comercializáveis ou em atividades econômicas que preenchem missões de interesse geral. Em regra, esses serviços são organizados sob o regime jurídico de direito privado, para que não haja frustração do princípio da concorrência, sobre o qual se estrutura toda a lógica da Comunidade. Excepcionalmente, os Estados membros, numa opção política, podem invocar a derrogação das regras concorrenciais estabelecidas, caso a livre concorrência inviabilize a concretização das missões de interesse geral impostas por uma autoridade pública.¹⁶⁸

¹⁶⁶ O artigo 16 do Tratado da Comunidade Européia, introduzido pelo Tratado de Amsterdã, disserta que, “sem prejuízo do disposto nos artigos 73, 86 e 87, e atendendo à posição que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União e ao papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial, a Comunidade e os seus Estados-membros, dentro do limite das respectivas competências e no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão para que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir suas missões.”

¹⁶⁷ Proclamada no Conselho Europeu de Nice, o artigo 36 da Carta dos Direitos Fundamentais dispõe que, “A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse econômico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Européia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.”

¹⁶⁸ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, pp. 169-187.

Cumpra frisar a estreita vinculação existente entre a noção de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”, principalmente nos serviços de rede, como telecomunicações, transportes, correios e energia elétrica. O serviço universal se mostra com uma opção atualizada, objetiva e restrita ao tradicional serviço público. Seu brilho ideológico procura enfocar a existência de prestações essenciais ou mínimas, de qualidade e de preço acessível, baseando-se nos princípios da universalidade, da igualdade e da continuidade. Segundo Dinorá Grotti, “o serviço universal corresponde a atividades denominadas missão, cargas ou obrigações de serviço público, que não são prestadas em regime de competição. Tais atividades são submetidas a uma regulação que as afasta do perfil do serviço público tradicional e as aproxima do modelo anglo-saxão”.¹⁶⁹

Comentando os trabalhos de Christian Stoffaës e de Bárbara Mameli, Mônica Justen Filho afirma que o serviço universal corresponderia ao núcleo antieconômico de uma atividade lucrativa rotulada de “serviço de interesse econômico geral”, sujeito às regras comuns do mercado. Assim, por adotar o regime jurídico de direito público, o serviço universal implicaria a derrogação *ipso facto* do regime de concorrência. Afinal, o serviço universal refletiria, em exata medida, a missão de interesse geral que adorna um serviço de interesse econômico geral.¹⁷⁰ Por isso mesmo, o serviço universal deveria ser encarado como o núcleo inatingível das garantias dos cidadãos contra a cobiça do mercado ou, até, mesmo, contra a ineficiência estatal.

Todavia, essa variação da noção de serviço público sob as vestes de “serviços de interesse econômico geral” e de “serviços universais” não pode deixar de conciliar o ideal de liberalização do mercado com a função estatal de garantir a dignidade da pessoa humana. Num sistema democrático e pluralista, cabe à Administração Pública assegurar as garantias mínimas dos cidadãos por meio da prestação dos serviços públicos, respeitando as obrigações constitucionalmente estipuladas.¹⁷¹ Nesse sentido, como ressalva Lúcia Valle Figueiredo, “por evidente, o Estado não poderá demitir de funções essenciais, mesmo por meio de qualquer emenda, pois, se assim fosse, seria inconstitucional.”¹⁷²

¹⁶⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 81.

¹⁷⁰ JUSTEN, Mônica Spezia. *op. cit.*, pp. 196- 197.

¹⁷¹ ESPINOZA, Álvaro E. Mora. *op. cit.*, p. 131.

¹⁷² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.*, p. 82.

Dessa forma, conforme ensina Carlos Juan Cassagne, o Estado não pode renunciar sua função exclusiva, supletiva ou concorrente da atuação privada, já que deve zelar pela prestação dos serviços supletivos das necessidades coletivamente sentidas, principalmente quando essas carências públicas não são suficientemente satisfeitas pelos particulares. A reafirmação da autoridade do Estado em suas funções soberanas e supletivas objetiva a fortalecê-lo, pois sua grandeza descansa mais no cumprimento de suas finalidades essenciais do que em seu tamanho ou em sua dimensão. Para o autor, “se opera de este modo la separación entre la titularidad de los servicios públicos – cuya potestad indelegable es retenida por el Estado – y la gestión privada a través de las distintas figuras concesionales”.¹⁷³

Essas mudanças evidenciam que noção de serviço público toma novo rumo diante da alteração de seus três critérios, quais seja, o objetivo (material), o subjetivo (orgânico) e o formal. Consoante Vivian Cristina Valle, propõe-se uma alteração no elemento subjetivo, já que se interpreta indispensável o estabelecimento da concorrência, que permitiria a fixação de uma pluralidade de prestadores. Ou seja, a prestação de um serviço público não implicaria necessariamente a atuação do Estado, já que se pretende fugir da rigidez do sistema administrativo burocrático-weberiano. Ao buscar uma flexibilização do elemento material, defende-se que o “novo” serviço público não seja qualificado como tal em conjunto, mas apenas nas partes da atividade em que não se pode dispensar o atendimento de necessidades coletivas, no interesse geral, o que propicia a difusão de expressões como “obrigações de serviço público” e “missões de interesse geral”.¹⁷⁴

Com a diluição do critério material, nem toda relação jurídica travada pelo prestador objetivaria ao cumprimento de uma “missão de interesse geral” ou de uma “obrigação de serviço público”, dispensando a aplicação do regime jurídico especial, que só incidiria quando o interesse coletivo e o bem-comum estivessem em enfoque. No que pertine a essa fragmentação do elemento formal do serviço público, Dinorá Grotti, em análise à obra de Jean-Louis Corail, afirma que, para o autor, “é em

¹⁷³ CASSAGNE, Juan Carlos. *op. cit.*, pp. 61-62.

¹⁷⁴ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *op. cit.*, p. 536. Segundo a autora, “atualmente, defende-se um sistema aberto, com liberdade de iniciativa econômica, através de entradas devidamente autorizadas, com estabelecimento de obrigações, liberdade na fixação dos preços e modalidades de

função da natureza das situações e das relações jurídicas que se deve fazer a separação entre os dois regimes, e não mais em função da natureza dos serviços, como havia acreditado a Escola do Serviço Público.”¹⁷⁵

Mesmo com as fortes críticas tecidas contra a teoria geral dos serviços públicos, esse instituto basilar do direito administrativo, ainda assim, mantém sua utilidade jurídica. Afinal, a atuação dos diferentes prestadores, além de observar as normas regulatórias, fica sob forte fiscalização estatal, a exemplo das agências reguladoras que zelam pelos serviços de rede que são essenciais. Nesse caso, o regime jurídico derogatório do direito comum incide sobre aquelas relações jurídicas em que prevalecessem os interesses coletivos que marcam determinada atividade lucrativa¹⁷⁶. Consoante Alexandre Santos de Aragão, na *práxis*, o artigo 16 da Lei n.º 8.987/95 demonstra que a reserva de titularidade do serviço público propriamente dito não impede a existência de concorrência em sua prestação.¹⁷⁷

Assim, não há que se falar em crise da noção de serviço público, pois, como ensina Vivian Cristina Valle, “a crise é de limites - em que a dicotomia público-privado já não mais se apresenta absoluta, o que redundaria na dificuldade da conceituação do serviço público, que tinha nessa separação um de seus elementos de fundamentação.”¹⁷⁸ Ora, o desmoronamento das barreiras jurídicas existentes entre as esferas pública e privada, embora exija uma flexibilização dos institutos jurídicos, não implica a extinção da noção de serviço público. Por isso mesmo, não haveria cabimento falar em morte da noção de serviço público, já que o instituto, além de produzir efeitos no ordenamento jurídico, constitui não só fonte legitimadora da atuação estatal, mas também garantia do cidadão.

prestação, livre concorrência, ausência de reserva de titularidade estatal e interesse público não estatal.”

¹⁷⁵ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.* p. 57.

¹⁷⁶ Nesse sentido, Marçal Justen Filho disserta que, “a titularidade estatal do serviço público não impede o desenvolvimento de instituições da sociedade civil, que assumem a prestação de algumas atividades de serviço público. Essas atividades equivalentes ao serviço público deverão sujeitar-se a regime jurídico similar;. As atividades de educação e de saúde, embora desempenhadas por particulares, estão sujeitas a regime jurídico próximo ao do serviço público. Por isso, há a tendência a reconhecer que, em alguns setores, o serviço público pode ser exercitado por particulares.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 488.

¹⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 52.

¹⁷⁸ VALLE, Vivian Cristina Lima López. *op. cit.*, p. 528.

Por isso mesmo, Marçal Justen Filho, ao repudiar a suposta morte da noção jurídica de serviço público, lembra que o instituto é um tipo indispensável de intervenção estatal no domínio econômico. Afinal, “a qualificação de uma atividade como serviço público exclui a aplicação do regime jurídico próprio do direito privado. A submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta a redução da órbita da livre iniciativa”.¹⁷⁹ Para o autor, sempre existiria, em cada ordenamento jurídico, um núcleo de atividades que satisfariam as necessidades individuais e coletivas, o que justificaria a sua rotulação de serviço público.

Além disso, no âmbito de incidência do direito interno, o instituto do serviço público mostra-se em pleno vigor, tendo inclusive respaldo constitucional. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “o serviço público constitui em uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro, porque tem *assento constitucional* especificador de um vasto campo de deveres do Estado brasileiro em relação à Sociedade (...)”.¹⁸⁰ Nesse sentido, o reconhecimento de uma atividade como serviço público enseja a aplicação parcial ou total de um regime jurídico específico, com as prerrogativas e as sujeições típicas do direito administrativo, do que se infere a sua utilidade jurídica. Nessa esteira, Dinorá Grotti demonstra a vitalidade do instituto:

Assim, estatuí a Carta da República que o serviço público é de incumbência do Poder Público (art. 175); elenca determinados serviços como de sua alçada, deixando espaço – embora reduzido – para a definição de um serviço como público pelo legislador ordinário; traça-lhes princípios vetores e regras especiais, tais como: dever de os prestadores manterem serviço adequado (artigo 1758, parágrafo único, IV); responsabilidade objetiva dos mesmos (art. 37, § 6º); regulamentação da greve na Administração Pública por lei específica; participação democrática dos usuários; sujeição ao regime jurídico de direito público dos bens afetados à realização do serviço público (proibição de execução forçada desses bens, considerando que a mudança de destino do bem pode paralisar a prestação do serviço); execução direta pelo Estado em caso de resgate ou encampação de serviços concedidos e reversão dos

¹⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 483. Segundo o administrativista paranaense, “pode-se dizer que a configuração delineada na CF/88 segue a idéia de que o Estado pode atuar no domínio econômico como instituição pública ou travestido de sujeito privado. No primeiro caso, existe serviço público; no segundo, atividade econômica em sentido estrito”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 18).

¹⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., 2003, p. 614.

bens afetados à prestação dos serviços; dever de assunção direta da continuidade dos serviços pela Administração, no caso de falência ou extinção da empresa concessionária.”¹⁸¹

De conseguinte, a elevação de uma atividade à categoria de serviço público por meio da *publicatio* veda que terceiros prejudiquem sua execução e impõe a seus prestadores o cumprimento de um regime jurídico especial, primando pela concretização dos direitos dos cidadãos-usuários. Frente à exigência constitucional, Administração Pública deve atuar eficaz e eficientemente na prestação dos serviços públicos, respeitando o princípio da legalidade. Todavia, como salienta Álvaro E. Mora Espinoza, “la legalidad no debe ser interpretada como una simple exigencia impuesta a la Administración, o que pueda derivar de ‘su condición de organización burocrática y racionalizada’, es también antes que eso, una técnica de garantizar la libertad.”¹⁸²

Por isso mesmo, o serviço público pode ser entendido como uma garantia constitucional do cidadão, já que a sua prestação objetiva a concretizar, no plano do direito material, aqueles direitos fundamentais abstratamente previstos no plano do “dever-ser”. A rotulação de uma atividade com a marca do regime jurídico do serviço público faz surgir um direito inviolável do cidadão, já que referido instituto jurídico constitui um meio para a efetivação da dignidade da pessoa humana.¹⁸³ Assim, o equilíbrio entre as prerrogativas que a Administração Pública detém e o direito à prestação de serviços públicos encontra guarida nos instrumentos jurídicos necessários que fazem frente à inatividade da Administração Pública ou dos delegados, garantindo os direitos públicos subjetivos dos particulares.

Como salienta Hely Lopes Meirelles, os direitos do cidadão são reconhecidos em qualquer serviço público como fundamento para a exigibilidade de sua prestação

¹⁸¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *op. cit.*, p. 372.

¹⁸² ESPINOZA, Álvaro E. Mora. *op. cit.*, p. 135. O autor ainda frisa, às fls. 136 do artigo, que “la discrecionalidad con la que cuenta la Administración Pública en algunas de sus actuaciones (o deberes de actuación), no podría en modo alguno dar paso a una flagrante violación de los derechos y intereses de los individuos.”

¹⁸³ Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que, “a atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade da pessoa humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos humanos seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteada pela supremacia dos direitos fundamentais. Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos do cidadão.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 2005, p. 480).

nas condições regulamentares e em igualdade com os demais usuários. Ora, seriam inócuos todos os direitos do usuário à obtenção do serviço se o interessado não dispusesse de ação judicial para os fazer valer. Por isso mesmo o autor leciona que, “a via adequada para o usuário exigir o serviço que lhe for negado pelo Poder Público ou por seus delegados, sob qualquer modalidade, é a cominatória, como base no art. 287 do CPC”, devendo apenas a prestação objetivada consubstanciar-se num direito de fruição individual do serviço.¹⁸⁴

Enquanto instrumento de garantia dos direitos do usuário, o instituto do serviço público, quando passa a abarcar uma nova atividade de interesse coletivo, acaba por lhe imprimir as prerrogativas e as sujeições do regime jurídico administrativo. No plano processual, isso só vem a favorecer ao cidadão-usuário, afinal, na instrução probatória da relação jurídica de direito processual, aplicar-se-á o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva pelos danos causados pela Administração Pública aos administrados, a fim de o eximir do ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Dessa forma, em tempos de redução da atuação do Estado com o intuito de se esquivar, inconstitucionalmente, de suas responsabilidades primordiais, torna-se imprescindível buscar no serviço público um instrumento de garantia fundamental do cidadão-usuário contra o descaso dos maus prestadores, o que acaba por gerar, em última análise, benefícios de ordem processual. De outra forma não pode ser, pois, com a derrocada daquele Estado amplo em prol da ascensão de uma cidadania ativa, nada mais lógico que os institutos jurídicos do direito administrativo procurem focar os direitos e garantias dos administrados, deixando apenas de legitimar a sufocante intervenção estatal por meio de direito administrativo ultrapassado e unilateral, já que não há mais aquele dualismo rígido entre os interesses público e privado.

¹⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, pp. 302-303.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Enquanto elo de ligação das relações travadas entre o Estado e a Sociedade, o serviço público caracteriza-se por ser um instituto social, eis que influencia a conduta dos cidadãos. Ora, ao executar grande parte das atividades de interesse público, o Estado totalitário debilita o sujeito por supor sua incapacidade. Diferentemente, pressupondo que a sociedade civil não se resume a interesses puramente egoístas, o Estado democrático e pluralista compartilha suas funções sociais com os particulares, promovendo a cidadania ativa e a emancipação do homem.¹⁸⁵ Dessa forma, a evolução dos tipos de Estado mostra que o instituto do serviço público muda de acordo com a confiança depositada pelo governo nos atores sociais, para que possam satisfazer individualmente suas carências.

Por ser um instituto social, o serviço público deve acompanhar a evolução da Sociedade para permitir o conseqüente avanço do plano jurídico, o que lhe confere seu caráter flexível. Num reflexo doutrinário, surgem teorias inéditas que justificam a nova feição do serviço público, propondo diferentes variações terminológicas, geralmente acompanhadas de expressões amplas e abstratas, como “satisfação de necessidades coletivas”, “interesse público” e “bem comum”, a fim de formular teorias generalizantes e universais, típicas do método científico desenvolvido por Francis Bacon. Nesse sentido, a evolução histórica exposta no trabalho mostrou que o desenvolvimento de várias noções de serviço público visa a suprir necessidades políticas e econômicas, sempre numa tentativa de legitimar o agigantamento ou a redução estatal.

Em que pese ser fruto das especulações científicas do positivismo jurídico do século XIX, a idéia material de serviço público é anterior à Modernidade. Como ficou demonstrado, mesmo antes da Revolução Francesa já existiam, num viés funcional, atividades prestacionais que almejavam a satisfação de interesses coletivos. A título exemplificativo, a cobrança da taxa denominada *redevance* durante a Idade Média já

¹⁸⁵ Cita-se o exemplo dos laboratórios de prática acadêmica em cursos superiores como odontologia, psicologia, medicina e nutrição, que acabam por exercer atividades materialmente semelhantes aos serviços públicos assistenciais, desafogando a Administração Pública. No caso em tela, observa-se uma relação de simbiose, por promover a aproximação entre o cidadão e o acadêmico, pois,

evidenciava a gênese embrionária dos elementos básicos da noção de serviço público. Afinal, os vassallos dos feudos tinham acesso permanente a serviços locais, desde que pagassem referida taxa à autoridade local, representada pelos senhores feudais, os quais gozavam de poderes específicos.

Não se trata aqui de recorrer àquele enfoque linear da história, em que as teorias presentes alicerçam-se sobre a rigidez dos fatos passados, impossibilitando um diálogo científico. Noutras palavras, a História não pode ser arditosamente reconstruída para legitimar teorias específicas sobre a noção de serviço público. É claro que se defende a origem moderna da noção de serviço público, baseada nos pressupostos dos sistemas jurídicos liberais. Afinal, até a consolidação do Estado Mínimo, vigorava uma pluralidade de regimes jurídicos, como o direito canônico e direito local dos feudos, ao qual se sobrepunha ainda o direito do monarca. Ou seja, havia vários direitos que se aplicavam de forma desigual a pessoas de classes sociais diferentes, o que dificultava a inserção da noção de serviço público.

Nesse sentido, a estruturação de um sistema jurídico unitário permitiu o aprimoramento doutrinário dos serviços públicos. Ora, a centralização do poder nas mãos do Estado acarretou o enfraquecimento dos vários entes intermediários, o que fez com que as atividades de interesse coletivo (elemento funcional) fossem supridas pelas autoridades públicas (elemento orgânico), recorrendo a um regime jurídico especial (elemento formal). Com a cristalização do direito positivo no século XIX, já não era possível desconsiderar os efeitos jurídicos da prestação estatal de tais atividades, o que demandou um esforço doutrinário no sentido de agrupar esses três elementos num mesmo instituto jurídico. Dessa forma, o Estado Mínimo estimulou a afirmação institucional dos serviços públicos com o fito de legitimar sua atividade interventiva, que naturalmente prejudica a maior garantia liberal: a liberdade de empresa.

Frente à difusão da ideologia socialista, o Estado já não podia debruçar-se somente sobre seus atos de império (*puissance publique*), razão pela qual era necessário subordiná-lo ao direito. Então, graças ao trabalho de Duguit, afirmou-se que a razão de ser do Estado Social residia na prestação dos serviços públicos, cujo

enquanto o sujeito carente supre uma necessidade, o aluno põe em prática o conteúdo aprendido em sala de aula.

regime jurídico passou a abarcar não apenas as atividades essenciais, mas também aqueles de caráter social. Novamente, por ser um instituto jurídico e social de grande flexibilidade e abstração, o serviço público justificou não apenas o aumento das competências estatais, mas também a própria existência do Estado.

Em tempos de crise do Estado Social, o ressurgimento dos dogmas liberais clássicos sustentou-se, ideologicamente, na revalorização do cidadão participante, refutando as alegações de que a onda neoliberal visaria apenas ao lucro. Nesse contexto, o princípio da subsidiariedade constituiu a base axiológica para as reformas estatais implantadas, já que ele propôs uma medida alternativa entre os extremos do socialismo totalitário e do capitalismo selvagem. Aliás, embora os pós-modernistas sejam constantemente censurados, suas críticas às estruturas sistêmicas clássicas fizeram com que os extremos fossem rejeitados e com que várias barreiras interdisciplinares fossem rompidas. No âmbito do direito, já não subsistia aquele abismo entre os direitos público e privado.¹⁸⁶

Na verdade, o fim dessa barreira não afetou a utilidade jurídica dos serviços públicos, mas apenas propiciou a derrocada de uma teoria específica do instituto, qual seja, aquela elaborada pela Escola de Bordeaux com a finalidade de explicar outro momento histórico. De conseguinte, tal crise a que se refere a doutrina pode tratar-se de uma crise teórica, mas não de um colapso institucional, uma vez que os serviços públicos têm assento constitucional. Além disso, apesar da noção de serviço público não exercer, no direito administrativo francês, a nostálgica função de divisão das jurisdições, ela ainda tem posição de destaque no cenário europeu. Caso contrário, ela não teria tratamento jurídico no direito comunitário da União Européia, em que pese sua nomenclatura esteja travestida de “serviço de interesse econômico geral” ou de “serviço universal”.

Argumenta-se ainda que, as constantes discussões doutrinárias quanto à decadência da noção de serviço público produzem o efeito contrário, já que colocam em voga o instituto, realçando sua vitalidade e seu préstimo jurídico. O serviço público difere-se, portanto, daqueles institutos clássicos do direito civil que,

¹⁸⁶ A partir de então, as noções jurídicas rígidas, como aquelas dos direitos reais, perdem a posição de destaque para os conceitos fluidos e amplos, como “serviço público” e “função social da propriedade”, permitindo ao juiz a melhor aplicação do direito ao caso concreto, no intuito de se buscar uma tutela jurisdicional plena e não apenas legal.

gradativamente, vão desaparecendo do ordenamento jurídico por causa de seu desuso, como é o caso dos *esponsais*¹⁸⁷ do direito de família. Por tais razões, fala-se que o serviço público mantém-se no ordenamento jurídico, embora exerça outra função. Desta vez, o instituto deixou de legitimar a atuação estatal para justificar a emancipação daquele sujeito que participa da gestão pública. Noutras palavras, substituiu-se a ótica estatal pelo prisma do sujeito.

Dessa forma, os serviços públicos deixaram de girar ao redor do Estado, passando para a órbita dos direitos fundamentais, já que constituem instrumento de garantia do cidadão contra a avidez da iniciativa privada e contra a ineficiência estatal. No presente modelo de Estado, a elevação de uma atividade à categoria de serviço público, por meio da *publicatio*, faz com que o cidadão possa exigir sua prestação, podendo, inclusive, recorrer às vias judiciais cabíveis, seja para tutelar direitos difusos homogêneos ou interesses individuais.

Por fim, o destaque da função garantidora do serviço público mostra-se imprescindível principalmente nos países periféricos, onde o cidadão-usuário precisa exigir um aprimoramento das atividades que satisfazem as necessidades públicas, visando, assim, ao cumprimento das normas constitucionais programáticas no plano material. Vislumbra-se, então, o fortalecimento de um direito administrativo voltado não apenas para os interesses burocráticos e egocêntricos da Administração Pública, já que deixou a visualizar o homem como mero súdito em prol de um cidadão participante.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. "Serviços Públicos: regulação para concorrência." In: VVAA, *Temas de direito regulatório*, coordenado por Sérgio Guerra. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

¹⁸⁷ Contrato prévio particular entre os nubentes, que obrigava a celebração do casamento.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*, 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBOSA DE BRITO, Bárbara Moreira, SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. "Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. *RSP – Revista do Serviço Público*. Vol. 56, n.º I, Jan/ Mar., 2005.
- BERGER, Peter I. LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.
- BRANT, Celso. *Teoria Geral do Serviço Público*. Belo Horizonte: Edições Acaíaca, 1951.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 4ª ed. ampl. e atual., vol. 01. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- COMADIRA, Julio Rodolfo. "El Servicio Publico como Titulo Jurídico Exorbitante". *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Ano 3, n.º 11, jan/mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- CORAIL, Jean-Louis. *La crise de la notion juridique de service publique em droit administratif français*. Paris, LGDJ, 1954.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed., atualizada com a reforma previdenciária – EC n.º 41/03. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ESPINOZA, Álvaro E. Mora. "La prestición de los Servicios Estatales". *Revista Iberoamericana de derecho público y administrativo*. Org. Prof. Jesús González Pérez. Vol. 4, n.º 4 (2004). San José: Editorama S.A., 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GUGLIELMI, Gilles J. *Introduction au droit des services publics*. Paris: L.G.D.J, 1994.

- GUIMARÃES, Guilherme Cintra. "O Direito Administrativo e a Reforma do Aparelho do Estado: uma Visão Autopoiética." In: *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*, organizado por Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. 4ª ed. Tradução: SANTEIRO, Sérgio Magalhães. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1986.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução por Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia clássica: Durkheim, Weber e Marx*. 3ª ed. Itajaí: Editora UNIVALI, 2002.
- VALLE, Vivian Cristina Lima López. "O Novo Conceito de Serviço Público". In: *VVAA, Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, coordenado por Edgar Guimarães. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- VIEIRA, José Roberto. "Princípio da Legalidade". *Princípios Constitucionais e Estado de Direito*. In: *Revista de Direito Tributário*, n.º 54. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1990, pp. 96-97).
- WALD, Arnold, 1932 -. *O direito de parceria e a nova Lei concessões: análise das Leis 8.987/98 e a 9.074/95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.