


MONICA SPEZIA JUSTEN

**A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO:
DA FRANÇA À UNIÃO EUROPÉIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau Mestre, pelo Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Je aprovada em 11.06.02


CURITIBA

2002

TERMO DE APROVAÇÃO

MONICA SPEZIA JUSTEN

A EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICO: DA FRANÇA À UNIÃO EUROPÉIA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève


Prof. Dr. Márcio Cammarosano

Curitiba, 01 de julho de 2002

**Ao Prof. Yves Mény pela acolhida no
RSC, do Instituto Universitário Europeu,
em Florença.**

**Ao Marçal e ao Lucas, dois amores e
duas emoções que dão sentido a minha
vida.**

A instabilidade, as mudanças incessantes e a complexidade do direito atual, freqüentemente fazem-nos esquecer que os sistemas jurídicos, apesar de abundantes, evoluem lentamente, e que as noções essenciais sobre as quais eles se fundam, são, na verdade, provas de uma grande estabilidade.

Gérard Marcou

SUMÁRIO

RESUMO	xi
ABSTRACT	xii
1 INTRODUÇÃO	1
2 O SERVIÇO PÚBLICO NA FRANÇA	8
2.1 PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO	8
2.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS	10
2.3 O CONTEXTO DA AFIRMAÇÃO DO INSTITUTO	11
2.4 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA	14
2.4.1 O Acórdão Blanco	16
2.4.2 O Acórdão <i>Terrier</i>	22
2.5 O SERVIÇO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA DOCTRINA	24
2.5.1 A Noção de Serviço Público em Léon Duguit	26
2.5.2 A Contribuição de Hauriou para a Noção de Serviço Público	41
2.5.3 A Concepção Subjetiva de Gaston Jèze	46
2.5.4 Balanço da Doutrina de Duguit e Jèze	50
2.6 OS DESDOBRAMENTOS POSTERIORES DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	52
2.6.1 Os Serviços Públicos de Natureza Industrial e/ou Comercial	54
2.6.2 Os Serviços Públicos Administrativos	59
2.7 A SEDIMENTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO	60

2.8 SERVIÇO PÚBLICO: UMA NOÇÃO CHAVE PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS	64
2.9 ASPECTOS CONSOLIDADOS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: CRITÉRIO ORGÂNICO, CRITÉRIO FUNCIONAL E CRITÉRIO DO REGIME JURÍDICO	69
2.9.1 O Critério Orgânico	70
2.9.2 O Critério Funcional	72
2.9.3 O Critério do Regime Jurídico.....	76
2.9.4 Avaliação Crítica da Doutrina	78
2.10 SERVIÇO PÚBLICO E CONSTITUIÇÃO	79
2.11 OS SERVIÇOS PÚBLICOS HOJE: AS REFORMAS E AS REGRAS DO DIREITO COMUNITÁRIO	83
2.11.1 As Reformas	85
2.11.2 A Pressão do Direito Comunitário.....	90
2.12 CONCLUSÃO	94
3 O SERVIÇO PÚBLICO NA ITÁLIA	95
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	95
3.2 A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA ITÁLIA.....	96
3.2.1 A Noção Subjetiva	97
3.2.2 A Municipalização e a Noção de Serviço Público.....	98
3.2.3 Evolução para uma Noção Objetiva de Serviço Público	101
3.2.4 A Questão do Destinatário do Serviço.....	103

3.2.5 Serviço Público Impróprio ou Virtual	104
3.2.6 A Evolução do Pensamento de M. S. Giannini Acerca de Serviço Público e a Teoria do Ordenamento Setorial	105
3.2.7 Serviço Público e Função Pública	109
3.3 NOÇÃO PENALÍSTICA DE SERVIÇO PÚBLICO.....	111
3.4 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1948	114
3.5 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ITÁLIA	121
3.6 TENDÊNCIAS EVOLUTIVAS DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO	125
3.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CENÁRIO ATUAL	127
4 O SERVIÇO PÚBLICO NA ESPANHA.....	132
4.1 INTRODUÇÃO	132
4.2 PRIMÓDIOS DA ELABORAÇÃO DO CONCEITO	133
4.3 A DUPLA CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	138
4.3.1 A Crise Externa Geral.....	139
4.3.2 A Crise Interna Específica	140
4.4 A TENTATIVA DE FORMULAR CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO	140
4.5 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1978.....	143
4.5.1 Colocação Geral da Questão.....	143
4.5.2 A Disciplina Constitucional Específica	146
4.5.3 O Serviço Público como um Imperativo Ético	148
4.6 A TENTATIVA DE FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO	150

4.7 SERVIÇOS PÚBLICOS VIRTUAIS OU IMPRÓPRIOS	153
4.8 EFEITOS DA LIBERALIZAÇÃO E A “NOVA” NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	157
5 O SERVIÇO PÚBLICO NA ALEMANHA	163
5.1 INTRODUÇÃO	163
5.2 O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO.....	163
5.3 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E “SERVIÇO PÚBLICO”	168
5.3.1 A Impossibilidade de Tradução Literal da Expressão	168
5.3.2 A Limitada Influência de Otto Mayer	169
5.3.3 A Contribuição de Forsthoff para o Tema.....	169
5.3.3.1 A concepção do <i>Daseinvorsorge</i>	170
5.3.3.2 A primeira etapa do pensamento de Forsthoff.....	173
5.3.3.3 A adequação da teoria às concepções nacionais-socialistas	174
5.3.3.4 A evolução da teoria no período pós-guerra.....	175
5.4 ESTRUTURAÇÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO ESTADO ALEMÃO.....	176
5.5 A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL A AÇÃO ADMINISTRATIVA	180
5.6 A ESTREITA LIGAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SERVIÇO PÚBLICO.....	181
5.6.1 Missões de Manutenção da Ordem e de Intervenção Estatal	183
5.6.2 Missões de Prestações Públicas de Serviços (<i>Offentliche Dienstleistungen</i>)....	184
5.6.3 Missões de Orientação (Lenkungsverwaltung)	186
5.7 A competência das comunas na prestação de serviços públicos	186

5.8 OUTRA ALTERNATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO	188
5.9 AS REFORMAS E NOVAS PERSPECTIVAS	191
5.10 CONSTATAÇÕES FINAIS	195
6 O SERVIÇO PÚBLICO NA GRÃ-BRETANHA	197
6.1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO	197
6.2 BREVE EXPOSIÇÃO HISTÓRICA	201
6.3 A “FABIAN SOCIETY”	203
6.4 AS MODIFICAÇÕES DA CONCEPÇÃO POLÍTICA	204
6.5 O GOVERNO CONSERVADOR E A REFORMA DO ESTADO.....	207
6.6 <i>CITIZEN’S CHARTER</i> E A NOÇÃO POLÍTICA DE SERVIÇO PÚBLICO	210
6.7 RAZÕES PARA O SURGIMENTO DE UM SERVIÇO PÚBLICO	214
6.8 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	217
6.9 CONCLUSÃO	218
7 O DIREITO COMUNITÁRIO	222
7.1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO	222
7.2 O SERVIÇO PÚBLICO E A EVOLUÇÃO FORMAL DO PROJETO COMUNITÁRIO	227
7.2.1 O Tratado de Roma.....	227
7.2.1.1 A lógica da concorrência	228
7.2.1.2 A aparente indiferença em relação ao serviço público	230
7.2.1.3 O disposto no (atual) art. 86, § 2º	232
7.2.1.4 A derrogação propriamente dita	241
7.2.2 Ato Único e Tratado de Maastricht	245

7.3 O ATAQUE E A DEFESA DO “SERVIÇO PÚBLICO”	248
7.3.1 O Ataque ao “Serviço Público”	248
7.3.2 A Defesa Francesa ao “Serviço Público”	249
7.3.3 Serviço Universal – um Conceito Estrito de Serviço Público	256
7.3.4 Os Julgados da CEJ.....	265
7.3.4.1 O caso <i>Corbeau</i>	266
7.3.4.2 O caso <i>Commune d’Almelo</i>	270
7.3.4.3 Algumas considerações sobre os referidos julgados	272
7.4 O ARTIGO 16º DO TRATADO DA CE ALTERADO EM AMSTERDÃ.....	277
7.5 UM CONCEITO “EUROPEIZADO” DE SERVIÇO PÚBLICO ?.....	286
7.6 COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO DE 20/09/2000	289
7.7 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA	294
7.8 UM BALANÇO DO ENFOQUE DO DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE SERVIÇO PÚBLICO.....	296
8 CONCLUSÃO	299
REFERÊNCIAS	311

RESUMO

A presente dissertação visa a tratar do conceito de serviço público a partir de sua concepção original no direito francês até a evolução do tema no direito comunitário. São objeto de estudo a doutrina italiana, espanhola, alemã e britânica acerca do tema. Parte-se de uma reconstrução histórica do surgimento da noção junto aos tribunais franceses e do seu desenvolvimento pela escola do serviço público. Como conceito-chave do direito administrativo, o serviço público desempenhou importante papel enquanto justificativa da ação administrativa como um todo. A incerteza e a imprecisão do conceito, no entanto, sempre foram as críticas a que se sujeitou a noção. Ainda assim, guarda particular relevância quando se coloca em debate o problema do papel do Estado na sociedade. O conceito de serviço público só pode ser estudado sob a perspectiva do Estado democrático de direito, não importando o modelo econômico vigente. Não se pode negar, contudo, que o tema esteja sempre ligado à abordagem econômica e social de um dado contexto. Nesse sentido é que o tema adquire especial relevância. As reformas políticas, econômicas e sociais que tiveram início em grande parte dos países da Comunidade Européia nos anos 80 colocaram em destaque o problema dos serviços públicos. Ao lado disso, as medidas propostas pela Comunidade Européia, no sentido de estabelecer um mercado livre e fortemente guiado pela concorrência, colidiram de frente com os serviços públicos. Ganhou destaque a nova qualificação comunitária de serviços de interesse econômico geral, inscrita no artigo 86 do Tratado da Comunidade Européia. Sob essa alcunha encontram-se os serviços que os Estados-membros tenham livremente escolhido denominar como tais. Mais importante que isso é, no entanto, o regime derogatório das regras de concorrência de que se privilegiam tais serviços. Num primeiro momento, as questões relativas aos serviços públicos pareciam conflitar com a nova ordem comunitária. Porém, com grandes esforços e participação dos principais Estados-membros da União Européia, o cenário evoluiu para a harmonização entre as duas idéias aparentemente antagônicas de serviço público e livre mercado.

Palavras-chave: serviço público; serviço de interesse econômico geral.

ABSTRACT

The purpose of this dissertation is to treat the concept of public service from its original conception in French law to the communitarian logic of the theme. The Italian, Spanish, German and British doctrines are also studied herein. The point of departure is a historical reconstruction of the first appearance of the notion within the French Courts and its development by the school of *service public*. As a key-concept in administrative law, public service had an important role as it justified the entire administrative action. The uncertainty and inaccuracy of the concept have always been criticized, though. Nonetheless, it is particularly relevant when the role of the State in society is in question. The concept of public service can only be studied through the perspective of the Democratic State, regardless of the economical model adopted. One cannot deny, however, the intrinsic connection of the theme and the economical and social reality of a given context. Thus, under this perspective the theme acquires magnitude. The political, economical and social reforms undergone by most European Community member-States in the 80's reveal the problem concerning the public services. In addition, the numerous measures adopted by the European Community regarding the achievement of a free market collide directly with the public services. The new concept of service of general economic interest emerged from the article 86 of the Treaty of the European Community. This phrase encloses those services a given member-State freely chooses to call so. An important consequence of this is the non-application of the rules of competition, which from which these services profit. At an early stage, the questions raised by the existence of public services seemed to be at odds with the new communitarian economical order. However, due to the great efforts and participation of the main member-States of the European Union, the situation developed towards a harmonized scenario of the seemingly antagonism between the ideas of public service and free competitive market.

Key-words: public service; public utilities; services of general economic interest.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a pretensão de tratar da evolução de um ilustre conceito do Direito público: o serviço público. Esse instituto tem uma trajetória variante, ora gozando de prestígio elevado a ponto de ser considerado como pedra angular do Direito Administrativo¹, ora sendo tratado como uma idéia de difícil compreensão, destituída de relevância jurídica. Foi assim que o conceito de serviço público passou a adquirir um caráter mitológico², de conceito fugidio³ e nebuloso⁴.

Como noção aglutinadora do Direito Administrativo, o serviço público foi concebido para justificar toda a ação administrativa do Estado. Os ideais da Revolução francesa, somados aos fundamentos teóricos das correntes sociológicas da época, influenciaram o repúdio à imagem de um Estado titular de poder não submetido ao Direito. Propagou-se a idéia de que o Estado moderno deveria existir, basicamente, para prestar serviços aos administrados. Essa proposta ocupou o centro da teoria sobre serviço público erigida por Léon DUGUIT. O serviço público também desfrutou de prestígio na seara jurisdicional, passando a ser, por um breve período, um elemento fundamental na caracterização da competência administrativa do Conselho de Estado francês. Durante algum tempo, preencheu, com grande serventia, o espaço deixado por critérios vinculados à idéia de soberania do Estado, ou do *État-puissance publique*.

¹ Expressão atribuída a Gaston JÉZE.

² CHEVALLIER, Jacques. **Le service public**. 4. ed. Paris: PUF, 1997. (Que sais je?, v. 2359). p. 3.

³ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 197.

⁴ ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970. t. 1, p. 461, nota de rodapé n. 2.

Não se olvide, também, que a doutrina francesa sobre serviço público, já a partir de DUGUIT, difundira-se pelos países vizinhos. Assim, é possível encontrar no Direito espanhol e no Direito italiano os reflexos dos primeiros passos que a doutrina francesa dava na matéria, mesmo que cada sistema tenha encontrado seus próprios caminhos para assentar essa disciplina no seu ordenamento.

O intercâmbio entre juristas alemães e franceses provocou a disseminação das idéias de DUGUIT no Direito germânico, com especial vinculação ao setor dos Direitos fundamentais.

Os britânicos, por sua vez, fecharam as portas ao Direito romanista. Contudo, desenvolveram uma noção de serviço público a seu modo, com configuração política e econômica peculiar.

Aos poucos, no entanto, o clima de euforia acerca do conceito de serviço público, que marcou o início do século XX, foi sendo neutralizado pela constatação de que, afinal, o dito conceito não gozava da universalidade, apregoada intensamente pela doutrina. Palavras como “declínio”, “crise”, “vicissitudes”, e até “autópsia”⁵ foram o prenúncio de um descrédito generalizado da noção de serviço público.

As causas disso entranham-se com a transformação do Estado liberal para o Estado Providência, que evidenciaram a incapacidade do modelo do *laissez faire* atender, sem a intervenção promocional do Estado, às necessidades de interesse coletivo. Não se ignore, também, a sobrevivência dos dois grandes conflitos mundiais, os

⁵ Révalorisations récentes de la notion de service public. In: PAGES de doctrine. Paris: L.G.D.J., 1980. t. 2, p. 219.

quais provocaram a assunção, cada vez mais ampla, de prestações e serviços pelo Estado. A atividade econômica privada empobrecida cedia espaço para o Estado empreendedor, detentor de grandes parcelas de poder econômico.

Por um lado, avultava de importância a atuação estatal, o que se refletia na centralização das concepções políticas em torno da idéia de serviço público. Mas, concomitantemente, os encargos estatais se alteravam qualitativamente, de molde a abranger atividades de mais diversa natureza. Tornou-se problemático reconhecer o cunho de serviço público a todas as atuações atribuídas à competência do Estado.

Parece ter sido a conjugação desses fatores a grande causa de enfraquecimento da importância do conceito de serviço público.

Note-se porém, que, decorridos mais de cem anos desde a primeira decisão que envolveu o conceito de serviço público⁶, o tema torna a movimentar a doutrina. Novamente, o cenário sócio-político encena um momento de transição de um modelo econômico. Por um lado, diversos Estados da economia ocidental que tinham **inflado** até a metade do século XX passaram a duvidar da viabilidade de manterem um modelo de ação administrativa tão alargada e abrangente. Por outro lado, o poder econômico já se restaura nas mãos da iniciativa privada. A pressão deriva também da revolução tecnológica que transforma as empresas prestadoras de serviços públicos em **gigantes obsoletos**. Grande parte dos Estados, em muitos casos, já não dispõe de recursos financeiros para acompanhar esse desenvolvimento. A alternativa não é outra senão adotar uma reforma administrativa para repassar os encargos assumidos pelos Estados

⁶ Refere-se ao acórdão *Blanco* de 1873, que será estudado adiante.

ao setor privado. O foco principal das reformas recai, exatamente, sobre aquilo que se costuma entender como serviços públicos, prestações públicas ou de utilidade pública, variando conforme a terminologia adotada em cada Estado.

Paralelamente a esses fatores, os países membros da União Européia viram-se constrangidos a adotar medidas nesse setor, em virtude da nova política de concorrência implantada. Nesse contexto, foi inevitável a exposição dos chamados **serviços de interesse econômico geral** a um questionamento intensivo por parte dos signatários dos tratados da União.

Especialmente com a edição do Ato Único em 1986, os serviços públicos econômicos passaram a ser objeto de atenção dos Estados-membros da União Européia. O questionamento dos serviços públicos pela nova abordagem concorrencial da Comunidade Européia fundou-se na constatação de que a manutenção de um modelo de Estado prestador de serviços poderia colocar em xeque a lógica da concorrência e do livre mercado. Durante pelo menos 15 anos, testemunharam-se debates no sentido de acomodar os interesses dos franceses (a preservação da idéia de serviço público) com as regras de concorrência adotadas pela Comunidade.

Não provoca surpresa, portanto, que a França tenha protagonizado um movimento de reação em defesa dos serviços públicos, o que gerou uma revitalização do estudo desse instituto. Tal comportamento é compreensível. Afinal, a França é o país que gerou o instituto do serviço público e onde a noção permeia, profundamente, o consciente social e coletivo do povo.

Não é possível ignorar, portanto, que as transformações sociais e políticas do Estado moderno do final do século XX abalaram as estruturas e os fundamentos do

Direito público. Uma reflexão sobre o papel do serviço público nesse contexto parece essencial. Efetivamente, verifica-se que, em outros ramos científicos, tais como a Economia e a Administração, houve maior afinidade entre modernização da teoria e os avanços sociais e tecnológicos dos últimos 20 anos. As ciências econômicas forneceram todas os subsídios teóricos para que o Estado, em praticamente todos os países ocidentais, passasse pela grande reforma que reduziu sua esfera de atuação.

Enquanto isso, juristas, em especial publicistas, assistiram estarecidos ao radical e célere desmantelamento do Estado. Efeito conexo disso foi o abalo sofrido pelo Direito Administrativo em suas bases, dentre as quais a noção de serviço público.

As constatações acima levaram à inquietação que alimentou a audaciosa empreitada traduzida neste trabalho. Até em virtude da importância que a noção desempenha classicamente no pensamento político, foi impossível escapar à fascinação que o tema exerce sobre quem quer que se interesse pelo Direito Administrativo⁷. É verdade que assumir a árdua tarefa de traçar sua evolução não foi uma decisão tomada racionalmente, mas sim impulsivamente. No entanto, a lógica e a meditação confirmaram o impulso: é de fundamental importância repensar e discutir o **velho e batido** tema de serviço público, mesmo quando se fala de novos institutos⁸ que têm penetrado nosso ordenamento.

Nesta perspectiva, com o objetivo de centrar o exame da matéria no Direito europeu, impôs-se um corte epistemológico que exclui da abordagem o estudo do tema

⁷ TRUCHET, Didier. Nouvelles récentes d'un illustre vieillard: label de service public et statut du service public. *AJDA*, Paris, n. 7-8, p. 429, 1982.

⁸ Como, por exemplo, o tema das agências reguladoras.

no Direito brasileiro. Tal derivou da impossibilidade, mesmo material, de conjugar o tratamento do instituto no seu berço europeu e as manifestações próprias que se verificaram no Brasil.

A partir dessa secção, adotou-se metodologia de examinar a diferenciação do desenvolvimento do instituto do serviço público na França, na Itália, na Espanha, na Alemanha, na Grã-Bretanha e na União Européia.

Se é verdade que a noção de serviço público é tipicamente um instituto do Direito francês, não se olvida que a noção permeou o Direito de diversos países, alguns dos quais serão estudados a seguir. Não é surpreendente que o Direito comunitário tenha se ocupado da noção, revestindo-a de nova roupagem e outros caracteres, sob uma terminologia de **serviço de interesse econômico geral**.

De imediato, adverte-se que as diversidades na forma de tratamento do tema quanto a cada um dos sistemas jurídicos nacionais europeus examinados respeita o modo como a doutrina de cada país o aborda. O eixo em torno do qual o tema circula não é idêntico em cada capítulo. Isso decorre do posicionamento da idéia de serviço público no dado sistema em que se insere. Além disso, em alguns casos, é necessário conhecer mais do que simplesmente a disciplina do serviço público para que se compreenda a matéria. Esse é o caso, ver-se-á, do capítulo dedicado à noção no Direito alemão. Também, adentrou-se o campo político, como no caso da Grã-Bretanha, para apreciar o tipo de enfoque dado pelos ingleses.

Quanto ao Direito comunitário, as inovações não se resumem a uma nova denominação para os serviços públicos econômicos. Outras concepções foram trazidas

para esse sistema e adaptadas à realidade da União Européia. Esse é o caso na noção de serviço universal.

Feitas essas considerações de cunho objetivo, acrescente-se ainda alguns aspectos subjetivos que justificaram a escolha do tema. Rer ler alguns dos clássicos, como DUGUIT, HAURIOU e FORSTHOFF, foi um dos grandes prazeres que o trabalho proporcionou, especialmente pela constatação da atualidade de suas preocupações e da utilidade de seus ensinamentos. Atualizar os estudos sobre serviço público, identificando o seu papel em sistemas jurídicos diversos, foi o desafio que me conduziu até aqui. Destacar a relevância da noção para o novo Direito comunitário que se consolida, foi uma obrigação. Proteger e defender esse instituto, já jurado de morte por alguns, é uma missão de todo jurista comprometido com os valores essenciais do Estado democrático de Direito.

2 O SERVIÇO PÚBLICO NA FRANÇA

2.1 PRIMÓRDIOS DO INSTITUTO

Embora o grande desenvolvimento da noção de serviço público se tenha dado na França, no período entre o final do século XIX e início do século XX, é possível buscar na Grécia antiga sua origem mais remota⁹. A palavra liturgia, presente na língua grega moderna e em muitas línguas ocidentais, teria sido composta do adjetivo *leitos*, que significa público (de *leos* ou *laos* = povo), e do substantivo *ergon*, que significa prestação de atividade. Desse modo, **liturgia** significava atividade prestada ao povo ou pelo povo, serviço prestado à coletividade, ou mesmo serviço público. A diferença da concepção grega para a atual é que, em Atenas, a **liturgia** era prestada pelos detentores de grandes fortunas em forma de imposição honrosa, e não pelo poder organizado em forma de Estado.

Uma origem bastante remota da noção de serviço público, apontada por MESCHERIAKOFF, é a da experiência das comunas (*banalités*), onde os habitantes de uma determinada terra pagavam um tipo de taxa de utilização de moinhos e fornos pertencentes ao senhorio. Em contrapartida, este mantinha as máquinas em funcionamento contínuo e garantia o acesso de todos os residentes.

As primeiras manifestações mais próximas das concepções contemporâneas foram os serviços públicos municipais encontram seu esboço por volta do século XI.

⁹ TRIANTAFYLLOU, Dimitris. Les mutations de la notion de service public en droit comparé. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communnauté: entre l'itérêt general et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 33-64.

As necessidades do povo, tais como a guarda das muralhas, a manutenção das ruas, praças e mercados e combate às calamidades, fizeram surgir os serviços de interesse comum desempenhados no âmbito das primeiras cidades.

Os Estados Monárquicos do séc. XV e XVI imprimiram um modelo político que se desenvolveu em torno da figura do Rei. Esse, por sua vez, representava uma *persona mixta*: uma pessoa no sentido material e uma pessoa no sentido mítico, um ente divino. O resgate do direito romano logo transformou essa concepção do soberano em uma pessoa privada (de carne e osso) e uma pessoa pública (incorpórea). Daí ser possível uma distinção dos atributos de cada pessoa. À pessoa pública incumbiria a posse dos bens públicos, o cargo permanente até sua morte, a superioridade entre os mortais, etc. Então, todo o serviço prestado pela pessoa pública seria chamado de **serviço do público/ da coisa pública**.

O exemplo disso é encontrado no séc. XV, quando Luís XI procurou racionalizar o serviço postal que foi declarado monopólio no séc. XVII. Enfim, todos os serviços que diziam respeito aos assuntos do rei eram designados serviços do público (da coisa pública).

Sob o reinado de Luís XIV, o Ministro Colbert introduziu uma política mercantilista que se caracterizava pela outorga de privilégios exclusivos às companhias comerciais ou industriais que desempenhassem tarefas de relevância social, mas que o Estado não queria realizar. As empresas, por sua vez, sentiam-se estimuladas a correr riscos no exercício dessas atividades tão importantes para a coletividade.

Segundo Sauvirón MORENILLA, a atividade de prestação de serviços pela Administração Pública, que se desenvolveu a partir do século XVIII, foi afirmando-se em várias etapas: a prestação pública de serviços em caráter assistencial no Estado de Polícia, a assunção pelo Estado no século XIX de serviços públicos de natureza econômica prestados mediante concessionário, e a generalização, no século XX, da atividade de serviço público de prestação direta pelo Estado e do desenvolvimento pela Administração de atividades estritamente empresariais¹⁰. Essa evolução, como já se disse anteriormente, culmina com a crise atual por que passa a Administração prestacional.

A criação dos *grands services publics* (linhas férreas, telégrafo, telefone, distribuição de água, gás e eletricidade) foi consequência de um desenvolvimento econômico provocado pela revolução industrial. A partir da conjugação dessas idéias e de fatores políticos e econômicos, foi se delineando o objeto daquilo que chamamos modelo francês de serviço público.

2.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O surgimento da noção de serviço público na França tem significativa importância no cenário social, político e econômico desse país. Antes de aparecer como conceito meramente jurídico, inserido no direito administrativo, ele representou um marco no processo de mutação do Estado, propriamente dito. CHEVALLIER

¹⁰ MORENILLA, Jose Maria Saurirón. **La actividade de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998. p. 47.

destaca, nesse sentido, que o serviço público tem *status* de verdadeiro mito¹¹ na história social da França, que está vinculado aos fundamentos do Estado¹², além de representar um elemento de coesão social.

A noção apresenta três etapas claras de seu desenvolvimento: a primeira, como justificativa da existência do próprio Estado; depois, como fundamento do direito administrativo; e, finalmente, a identificação de um povo e seus anseios sociais. Portanto, não vai se encontrar em nenhum outro país europeu, uma doutrina tão desenvolvida sobre esse tema, equivalente ao que se vê na França. Todos os demais países estudados nesse trabalho, apresentam, em maior ou menor grau, alguma influência do direito francês, mas não deram importância semelhante ao tema.

O discurso que acompanhou o tema de serviço público desde seu surgimento sempre se caracterizou por um forte viés político e ideológico. Basta lembrar que seu desenvolvimento ocorreu paralelamente às mudanças sofridas pelo Estado na passagem do modelo liberal para o modelo do bem-estar social. É justificado, nessa medida, um cotejo da relação entre a transformação do Estado do final do século XIX e a noção de serviço público.

2.3 O CONTEXTO DA AFIRMAÇÃO DO INSTITUTO

Sempre que se fala em transformação do Estado, é forçoso observar que ela processa-se em três dimensões principais: econômica, social e política. Ao final do

¹¹ CHEVALLIER, Jacques. Regards sur une évolution. *AJDA*, Paris, número especial, p. 8, jun. 1997.

¹² CHEVALLIER, Jacques. La place du service public dans l'univers juridique contemporain. In: ROUBAN, Luc (Org.). *Le service public en devenir*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 21.

século XIX, o cenário econômico retratava uma falência no modelo liberal de *laissez-faire*, caracterizado pela ausência do Estado na economia ou pela restrita, e sempre criticada, intervenção estatal. Porém, os avanços provocados pela progressiva industrialização, ainda que mais lenta na França¹³, revelaram a inadequação do modelo de Estado existente, impulsionando sua transformação. Mais uma vez, a economia desempenhou um papel de “acelerador da história institucional”¹⁴, como assevera Pierre LEGENDRE.

No campo político, o principal protagonista das mudanças foi a própria Administração francesa, que, como leciona LEGENDRE, foi capaz de conciliar a tradição com a transformação¹⁵. A Administração pública substituiu-se ao papel de monarca num modelo de Estado centralizado. O Estado francês, ao optar por um modelo centralizado, materializou a figura paternal¹⁶ em relação à sociedade. Essa forma de vislumbrar o Estado existiu desde o *Ancien Régime*, em que o governante acumulava os papéis de benfeitor e garantidor da ordem social¹⁷. Apenas com a consolidação progressiva do modelo republicano, em que a pessoa do governante se dissociou definitivamente do Estado, inaugurou-se uma nova relação política entre este e os cidadãos.

¹³ Sobre a história das instituições do Estado na França é imperativa a consulta ao clássico *Trésor historique de l'État en France – L'Administration classique*, de Pierre Legendre.

¹⁴ LEGENDRE, Pierre. **Trésor historique de L'état en france: L'administration classique**. Paris: A. Fayard, 1992. p. 58.

¹⁵ *Ibid.*, p. 62.

¹⁶ Pierre Legendre dedica algumas páginas de seu livro à descrição do que ele resolveu chamar de *L'État paternel*, ou Estado paternal, como a representação mítica do Estado para a sociedade francesa. Confira-se: *Ibid.*, p. 191-193.

¹⁷ Tradução da expressão “gendarme”, que representa a atividade de polícia no sentido de garantidor da ordem social.

Ainda no plano político, é importante destacar a influência da “onda socialista” que ganhou força na França ao longo do século XIX, também na França. Passou a prestigiar-se a idéia de que o Estado deveria promover a justiça social.

No plano ideológico, por influência principalmente do trabalho do sociólogo Émile Durkheim¹⁸, difundiu-se a doutrina solidarista¹⁹, a qual serviu, na prática, de justificativa para uma intervenção crescente do Estado nas relações sociais²⁰. Através das idéias propugnadas pelo solidarismo, justificava-se a intervenção do Estado pela necessidade de garantir a solidariedade social.

Os efeitos desse processo de transformação do Estado puderam ser observados também no plano jurídico. O desafio de institucionalizar esse novo direito administrativo revelou grandes juristas, dentre eles HAURIUO e Leon DUGUIT, com suas memoráveis obras doutrinárias. O que norteou essa fase tão profícua do direito público francês foi a preocupação de encontrar um fundamento para a sujeição do Estado ao direito, explica CHEVALLIER²¹. 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. Nas palavras precisas de CHEVALLIER: “... O Estado se apresenta de fato, a partir de

¹⁸. O autor também se refere a outros nomes que influenciaram a ideologia da Terceira República: os filósofos C. Renouvier, A. Fouillée, C. Secrétan, os economistas C. Gide e Leon Bourgeois. Assim assinala: CHEVALLIER, **Regards sur ...**, p. 9.

¹⁹ Jean-Marie Rainaud explica que o “solidarismo” foi retomado pelo governo da III República, associada á idéia de que o Estado deve não só proteger as liberdades individuais, mas deve preencher as falhas sociais deixadas pela sua atuação defeituosa. Consulte-se: RAINAUD, Jean Marie. **La crise du service public français**. Paris: PUF, 1999, p. 3 et seq.

²⁰ Consultem-se, para maior aprofundamento, os trabalhos de: CHEVALLIER, **Regards sur ...** p. 9 e CHEVALLIER, **Le service ...**, p. 9 et seq.

²¹CHEVALLIER, **Regards sur ...**, p. 10.

agora, menos sob a forma de manifestações de autoridade, do que como um prestador de serviços, cujo objetivo é de satisfazer o melhor possível às necessidades do público...”²². É nesse contexto que surge a construção da noção de serviço público no modelo de Estado democrático de direito.

Por conseguinte, o tema da evolução da noção de serviço público na França será abordado sob duas óticas distintas²³, ainda que paralelas. Inicia-se com o estudo do surgimento da noção de serviço público no âmbito jurisprudencial, com o acórdão *Blanco* e, em seguida, o acórdão *Terrier*. Na seqüência, apresenta-se o desenvolvimento doutrinário da noção pelos grandes mestres DUGUIT, HAURIOU e JÈZE.

2.4 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA

Para compreender o percurso histórico do surgimento da instituição do serviço público na França, é indispensável promover uma incursão sobre a própria história do direito administrativo francês. Isso envolve, de modo especial, o exame da questão da definição de competência do contencioso administrativo.

A crescente atividade administrativa para servir aos interesses dos cidadãos colocou uma outra problemática para os doutrinadores e operadores do direito: a

²² CHEVALLIER, *Le service ...*, p.11, considerada uma das melhores obras sobre o tema.

²³ Considera-se importante consignar que a autora optou por tratar do papel desempenhado pelo conceito de serviço público primeiro no contexto da jurisdição administrativa para, só depois, incursionar nas imbricações doutrinárias no tema. No entanto, é possível verificar que Celso Antonio Bandeira de Mello fez o caminho inverso quando tratou da relevância do tema para o tema específico da natureza e regime jurídico das autarquias. Confira-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968. p. 131-176.

delimitação do campo de aplicação de regras de direito administrativo, e, mais ainda, a delimitação da competência do contencioso administrativo a cargo do Conselho de Estado²⁴. Usualmente, à jurisdição administrativa se atribuía competência para julgar questões envolvendo a existência de interesse público e do exercício de prerrogativas inerentes à Administração para atingir os seus fins. Interpretava-se sua competência de modo bastante extensivo. Não havia um critério objetivo, claro o suficiente para derrogar o direito comum. Isso criava uma zona de incerteza e levava as jurisdições comum e administrativa a contínuos impasses. Além do mais, tanto o Conselho de Estado quanto a Corte de Cassação tinham opiniões de que sua própria jurisdição, administrativa (para o Conselho) ou comum (para a Corte de Cassação), deveria prevalecer sobre a outra.

Nessa época, prevalecia a teoria da dualidade da ação do Estado para se determinar a competência. Segundo essa teoria, o Estado se comportaria ora como pessoa civil, ora como pessoa pública, no exercício de sua *puissance publique*²⁵, tal como adiante melhor examinado. Essa concepção gerava divergências contínuas.

Foi com a instituição do Tribunal de Conflitos²⁶, em 24 de maio de 1872, que se atribuiu a um terceiro órgão jurisdicional a tarefa de resolver as questões de

²⁴ O Conselho de Estado tinha sido suprimido após a queda do Império, mas foi reerguido e recebeu, definitivamente, em 1872, o encargo de “justiça delegada”. Daí para frente, assinalam VEDEL e DEVOLVÉ, o essencial de suas atividades foi a construção do direito administrativo. (VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1992. t. 1, p. 105).

²⁵ Essa expressão que será tantas vezes referida nesse trabalho não encontra satisfatória tradução no vernáculo. Por isso, será transcrita em língua original. Alain-Serge MESCHERIAKOFF explica que *puissance publique* deve ser vislumbrada como o conjunto de direitos cujo sujeito ativo é a pessoa jurídica do Estado e o sujeito passivo são os indivíduos submetidos a esse poder. Confira-se: MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. **Droit des services publics**. 2. ed. Paris: PUF, 1997. p. 37.

²⁶ CHEVALLIER, **Les services** ..., p.12 et seq. e MESCHERIAKOFF, **Droits des...**, p. 32 et seq.

competência. Ainda assim, o critério a ser utilizado pelo novo tribunal não tinha sido previamente estabelecido. Na esteira de anteriores pronunciamentos do Conselho de Estado, no sentido de que “os direitos e obrigações nascidas da execução de serviços públicos não poderiam estar submissas ao Código Civil”²⁷, o Tribunal de Conflitos adotou o serviço público como critério de atribuição de competência administrativa. Essa postura parecia ser a mais adequada naquele momento em que se constatava a gradual aumento da assunção de serviços pelo Estado. O tema se relaciona à decisão no caso *Blanco*, que se passa a analisar.

2.4.1 O Acórdão Blanco

O *acórdão Blanco*²⁸ é, para muitos, um ponto de partida para se tomar o estudo do tema da noção de serviço público. Tratou-se de um julgado do Tribunal de Conflitos francês, de 8 de fevereiro de 1873, que tinha por objeto decidir a jurisdição competente para uma ação de responsabilidade pelos danos físicos causados a uma menina, resultantes de acidente entre os vagões que circulavam nas instalações da manufatura de tabacos de Bordeaux, uma atividade comercial desempenhada pela municipalidade.

O Tribunal de Conflitos apreciou a questão e remeteu-a para a jurisdição administrativa. O Comissário DAVID, que proferiu as conclusões do acórdão, justificou sua decisão por concluir que os danos ocorreram durante a execução de uma

²⁷ MESCHERIAKOFF, *Droits des ...*, p. 36.

²⁸ DELVOLVÉ, P. et al. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 10. ed. Paris: Dalloz, 1993. p. 1-7.

atividade que identificou, ao que parece pelo critério orgânico, como serviço público. O Tribunal de Conflitos confirmou a derrogação das regras de direito civil no caso *Blanco* e proclamou o serviço público como critério de atribuição de competência à jurisdição administrativa.

O famoso acórdão revestiu-se de importância por ter contribuído tanto para determinar o campo de aplicação da jurisprudência administrativa, quanto o próprio conteúdo do direito administrativo, ao mesmo tempo em que estabelecia um elo de ligação entre os dois²⁹.

A interpretação do comissário de governo, DAVID, parece ter deixado claro o papel fundamental do serviço público como critério de aplicação da competência administrativa: “os tribunais judiciais são radicalmente incompetentes para conhecer todas as demandas formadas contra a Administração em razão de serviços públicos, qual seja seu objeto...”³⁰ A manifestação do comissário DAVID significou uma enorme modificação no tratamento do assunto pois colocou sob a esfera da jurisdição administrativa todas as questões que envolviam serviços públicos, mesmo que revestidos de caráter comercial ou industrial, como era o caso da manufatura de tabaco, onde ocorreu o incidente *Blanco*.

Essa decisão influenciou a jurisprudência do final do século XIX e início do século XX, passando a remeter à jurisdição administrativa todas as causas envolvendo serviços públicos. Inclusive, vigorava entendimento, no início do século XX, de que

²⁹ Veja-se as observações a propósito do julgado *Blanco*, no: DELVOLVE, **Les grands arrêts ...**, 10. ed., p. 1-7.

³⁰ *Ibid.*, p. 2.

qualquer avença sobre contratos para execução de serviço público³¹ deveria ser apreciada pelo contencioso administrativo. Ressalte-se, todavia, que a decisão valia apenas para os serviços públicos nacionais, e não para os serviços públicos locais.

RIVERO³² explicava que a decisão do caso Blanco foi, antes de tudo, uma contribuição capital para o direito administrativo porque implicou, em primeiro lugar, no abandono do critério de competência tirado da regra de *État debiteur*³³ e, depois, na manifestação clara da ligação entre a competência administrativa e a aplicação das regras derogatórias ao direito comum.

Por esse motivo, avulta a relevância do acórdão para o conjunto do direito administrativo e não somente para a matéria de responsabilidade do Estado, essência da questão. A decisão de DAVID encontrou na noção de serviço público um elemento aglutinador do direito administrativo, capaz de fazer erigir um direito administrativo autônomo, com “sistema próprio, com sua lógica e suas soluções”³⁴.

É oportuno salientar-se, ainda, que o comissário DAVID, ao defender a opção do critério do serviço público, não vislumbrava uma cisão entre *puissance public* e serviço público. No entendimento dele, as noções de serviço público e *puissance publique* eram indissociáveis. Infere-se que essa interpretação derivou da doutrina dominante na época, que distinguia o Estado-autoridade (*puissance publique*) e

³¹ Como afirmam: AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. **Grands services publics et entreprises nationales**. Paris: PUF, 1970. v.1, p. 24.

³² RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 13. ed. Paris: Dalloz, 1990. p. 206 et seq.

³³ *État débiteur* era um critério de competência utilizado pelo Conselho de Estado francês para reservar a competência administrativa a todos os litígios que visavam uma condenação pecuniária do Estado. Apoiava-se na lei de 17 de julho de 1790 e de um decreto de 1793 que negava aos tribunais comuns o direito de condenar o Estado ao pagamento de qualquer soma em dinheiro, qualquer que fosse a origem do débito. Ver: VEDEL; DEVOLVÉ, **Droit** ..., t. 1, p. 109.

³⁴ DELVOLVÉ, **Les grands arrêts** ..., 10. ed., p. 3

Estado-pessoa civil. Segundo DAVID, o Estado-autoridade (*puissance publique*) era o “responsável por assegurar o funcionamento dos diversos serviços administrativos”³⁵. É compreensível, portanto, que MESCHERIAKOFF tenha afirmado que, por ocasião do *acórdão Blanco*, o comissário DAVID produziu a seguinte equação: serviço público = Administração = *puissance publique* = corpo administrativo³⁶. Decorre dessa fórmula, uma aceção unitária de Estado, titular de *puissance publique*. Essa autoridade seria exercida pelo corpo administrativo que se intitula Administração e que se materializaria pelas atividades de serviços públicos.

Assim, elaborou-se um sistema em torno da noção de serviço público que, ainda no início do século XX, provocou um superamento temporário da anterior idéia de *puissance publique*, como critério de determinação de competência administrativa. Parece ter-se originado daí a concepção de serviço público como centro do direito administrativo e como justificativa da existência do Estado, como mais tarde propôs León Duguit.

Diversa é, todavia, a opinião de BENOIT quanto à importância desse julgado. Para o ilustre autor, ele marca o “fim de das tentativas judiciárias de aplicação do critério de ‘atos de autoridade – atos de gestão’”³⁷, e não tanto o início de uma nova fase para o direito administrativo.

³⁵ Conforme traz o extrato do acórdão reproduzido por: MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 37.

³⁶ MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. L’arrêt du Bac d’Eloka, légende et réalité d’une gestion privée de la puissance publique. *RDP*, Paris, n. 104, p. 1074-1075, jul./ago. 1988.

³⁷ BENOIT, op. cit., p. 397.

Consideram-se igualmente relevantes algumas outras colocações críticas de BENOIT acerca do famoso acórdão³⁸. Segundo ele, a decisão do caso *Blanco* somente merece valor por colocar um fim nas tentativas de se considerar a jurisdição comum como competente para julgar questões de responsabilidade do Estado. Acrescenta BENOIT que, em matéria contratual, o critério de serviço público não solucionava os problemas de competência, pois continuavam sob a jurisdição comum os contratos concluídos sob o regime do direito civil, só escapando ao judiciário os contratos relativos aos serviços públicos que estivessem expressamente colocados sob o regime jurídico derogatório.

Apesar da opinião de BENOIT, MESCHERIAKOFF entendeu que o critério de competência do serviço público também teria servido ao intento do Conselho de Estado de assentar sua competência jurisdicional sobre bases compatíveis com os princípios republicanos e melhor defender-se dos magistrados da jurisdição ordinária. Afinal, tratava-se de uma época de mudança tanto no plano econômico quanto nas dimensões política e jurídica. Do ponto de vista econômico, encaminhava-se a passagem do Estado liberal para o modelo do Estado Providência³⁹ prestador, cada vez mais, de serviços. Reafirma-se também, que, do ponto de vista jurídico, a legitimidade do Estado antes fundada na força, na soberania, passou a se alicerçar no princípio democrático e na sujeição do Estado ao direito. Ao que parece, tanto a concepção de

³⁸ BENOIT, op. cit., p. 398.

³⁹ Aqui se prefere a expressão “Estado Providência” já que somente após a II Guerra Mundial que se consagrou a expressão “Estado do Bem-Estar Social” oriunda do direito anglo-saxão (Welfare State).

Estado Providência quanto a de Estado Democrático passaram a ser canalizadas pela idéia de serviço público.

Ainda é curioso destacar que o acórdão *Blanco* não causou tamanho impacto na doutrina à época em que foi proferido. Durante quase trinta anos a decisão passou quase ignorada pela jurisprudência e mesmo pelas construções teóricas dos administrativistas. A interpretação de que o serviço público seria categoria jurídica de fundo do direito administrativo e critério de competência administrativa só foi extraída do consagrado acórdão muitos anos depois de ele ter sido proferido.

Consoante ensinamento de VEDEL e DEVOLVÉ⁴⁰, o comissário de governo Georges TEISSIER teria sido o responsável pela descoberta do conteúdo do acórdão *Blanco*. Segundo esses autores, o caso teria sido abordado tanto num livro da autoria de TEISSIER⁴¹, de 1906, quanto nas conclusões de outro julgado, o *Feutry*, de 1908, em que o comissário invocou a decisão do caso *Blanco*. Jacques CHEVALLIER reforça a tese de que TEISSIER redescobriu o acórdão *Blanco* e elegeu o serviço público como critério de repartição de competências no âmbito das questões de responsabilidade⁴². Ademais, segundo elucida BENOIT, a questão *Feutry*, em conjunto com uma série de decisões da mesma época, fez triunfar o critério do serviço

⁴⁰ Sobre o redescobrimento do caso *Blanco*, cabe referir VEDEL; DEVOLVÉ, **Droit** ..., t. 1, p. 111.

⁴¹ O livro de autoria de Georges Teissier a que se referem VEDEL e DEVOLVÉ chama-se *Responsabilité de la puissance publique*. VEDEL; DEVOLVÉ, **Droit** ..., t. 1, p. 111.

⁴² CHEVALLIER, **Le service** ..., p. 17.

público também no âmbito das coletividades locais⁴³, eis que o acórdão *Blanco* não chegou a dar outra solução em nível local.

No entanto, há quem atribua a revalorização do acórdão *Blanco* ao comissário do Conselho de Estado Romieu⁴⁴, que proferiu as conclusões no caso *Terrier* (1903), estudado a seguir.

2.4.2 O Acórdão *Terrier*

Outra decisão relevante para esboçar o teoria do serviço público envolveu o caso *Terrier*. A demanda proposta por um particular visava a obter a condenação de uma prefeitura a pagar um prêmio pelo serviço de caça às víboras por ele executado. Embora existisse a promessa de pagamento feita pelo Conselho geral da localidade de Saône-et-Loire, a verba destinada a esse fim tinha se exaurido e alguns caçadores, dentre eles M. Terrier, não receberam o prêmio.

O litígio questionou dois pontos: a possibilidade de aplicação do critério de serviço público para as atividades locais e a configuração de um serviço público na determinação municipal visando à exterminação de víboras. A resposta do Conselho de Estado foi afirmativa aos dois pontos.

A conclusão do comissário Romieu, nesse caso, marcou uma fase do desenvolvimento da jurisdição administrativa. Romieu propugnou o abandono do critério “atos de autoridade/atos de gestão” ainda utilizado para âmbito de serviços

⁴³ BENOIT, op. cit., p. 398-401. O autor insiste na tese de que o critério do serviço público somente passou a ser aplicado no âmbito das coletividades locais quarenta anos após ter sido proferido o acórdão *Blanco*.

⁴⁴ MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 35.

locais e desenvolveu a idéia de que o direito administrativo somente seria aplicado quando a Administração se utilizasse procedimentos exorbitantes ao direito comum⁴⁵. Romieu criou uma nova argumentação para que se aplicassem as regras de direito administrativo para o caso. Segundo ele, tudo que dissesse respeito à organização e funcionamento de serviços públicos gerais ou locais estaria ao abrigo do princípio da “gestão pública”, ou seja, sujeito à jurisdição administrativa. Além disso, parece ter ficado claro que, como anotam VEDEL e DEVOLVÉ⁴⁶, a criação um serviço público não implicava na estruturação de um corpo de agentes públicos, mas poderia dar-se pela necessidade de satisfazer a uma necessidade pública, um interesse geral em um dado momento.

Segundo MESCHERIAKOFF, esse acórdão teve um efeito duplo sobre a noção de serviço público, especialmente em virtude das conclusões do comissário Romieu: primeiro, dissociou-a da idéia de *puissance publique*⁴⁷, noção que parecia estar ligada no acórdão *Blanco*; segundo, desencadeou o início do declínio da noção de serviço público, já que reconhecia a jurisdição administrativa como competente para os casos em que se verificasse a existência de “gestão pública” de uma atividade, não simplesmente pelo caso envolver um serviço público cujo regime pode ser o da “gestão privada”. A partir desse acórdão, vários outros⁴⁸ seguiram a teoria da “gestão

⁴⁵ Consulte-se sobre o acórdão *Terrier*: DELVOLLÉ, P. et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1999. p. 70-73.

⁴⁶ VEDEL; DEVOLVÉ, **Droit ...**, t. 1, p. 109.

⁴⁷ MESCHERIAKOFF afirma que “pelo fato dessa sutil mudança de vocabulário, a equação *puissance publique* – serviço público foi rompida”. (MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 41).

⁴⁸ MESCHERIAKOFF cita uma série de acórdãos que seguem a tese do comissário ROMIEU. Consulte-se: Id.

pública e gestão privada” segundo a qual se define a jurisdição competente pelo modo de gestão – regime jurídico – escolhido para uma dada atividade. Possivelmente, esse foi o germe que provocou o desprestígio da noção de serviço público como critério de atribuição de competência jurisdicional.

2.5 O SERVIÇO PÚBLICO SOB A ÓTICA DA DOCTRINA

Enquanto o Conselho de Estado e o Tribunal de Conflitos gradualmente ampliaram a aplicação das regras de direito público aos serviços públicos, os doutrinadores do início do século XX passaram a construir uma teoria do direito administrativo fundada na noção de serviço público. Como asseveram RIVERO e WALINE, “os principais autores desse período – notadamente Duguit e Jèze – acreditaram poder concluir que o direito administrativo encontrava sua unidade na noção de serviço público.”⁴⁹

Para que se desenhe o surgimento da noção de serviço público na doutrina, considera-se importante fazer-se algumas brevíssimas considerações sobre a doutrina, vigente na época, quanto à legitimação do Estado. Parte-se, portanto, da observação de que, no final do século XIX, era adotada na França a teoria de Estado limitado fundada na dicotomia público-privado, consoante MESCHERIAKOFF⁵⁰. Essa teoria, conhecida por “teoria da auto-limitação subjetiva”, fundava-se na idéia de que o Estado seria ora titular da autoridade (*puissance publique*), ora uma pessoa civil,

⁴⁹ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 17. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 31.

⁵⁰ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 41.

desprovida dessas prerrogativas. Por um lado, o Estado-autoridade era uma instituição política, não qualificável sobre 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 direito⁵¹. Dessa teoria de Estado derivou a concepção de atos de autoridade e de atos de gestão⁵². Estes atos de gestão abarcariam, segundo a doutrina, toda a gestão de serviço público que, por sua vez, sujeitava-se à jurisdição comum, inclusive quanto a questões de responsabilidade. Essa teoria, sistematizada por LAFERRIÈRE, revelou-se incapaz de servir à distinção das esferas administrativa e privada devido ao crescimento do intervencionismo estatal por meio dos serviços públicos.

Leon DUGUIT partiu da crítica à teoria da auto-limitação subjetiva do Estado e, por via indireta, da teoria dos “atos de autoridade – atos de gestão” para construir a sua tese sobre a legitimidade do Estado⁵³. Sua preocupação era encontrar um fundamento para a crescente intervenção do Estado em setores antes reservados à atividade privada. Como “efeito colateral” desse seu intento, ressurgiu a noção de serviço público, porém, agora, como fundamento da limitação do Estado pelo direito objetivo.

⁵¹ Esse é a situação do serviço público do direito brasileiro, art. 173 da CF, que prevê que toda atividade econômica praticada pelo Estado, sujeita-se ao direito privado.

⁵² Atribui-se a sistematização da teoria que distingue “atos de autoridade” de “atos de gestão” a LAFERRIÈRE. (MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 34).

⁵³ Do ilustre publicista de Bordeaux, consulte-se: DUGUIT, León. *L'État: le droit objectif et la loi positive*. Paris: A. Fontemoing, 1901, em que ele discorre longamente sobre o problema de se adotar uma teoria do Estado com base na presunção que o Estado é sujeito de direitos, e que é titular da soberania de uma coletividade. Sua crítica repousa na ausência de limite no exercício do poder pelo Estado, adotada na teoria da “autolimitação subjetiva”.

Ao que parece, o mesmo intervencionismo estatal que fez a noção de serviço público perder aplicabilidade pela jurisprudência acabou ressurgindo como uma noção base de uma teoria do Estado.

Se, como critério de definição de competência, a noção de serviço público havia perdido algum prestígio, depois de um período triunfal com o acórdão *Blanco*, ela ganhou notoriedade novamente ao ser considerada sob a ótica da limitação do Estado. A idéia de serviço público parece ter incorporado uma sorte de solução razoável para atravessar a transição entre o liberalismo e o coletivismo, este último representado por uma corrente ideológica de cunho social, influenciada pelas idéias de Émile Durkheim.

As idéias de Durkheim acerca da solidariedade como norteadora da ação do Estado foram abraçadas pelos membros da III República, ensina Jean-Marie RAINAUD⁵⁴. Pode extrair-se daí, que a expressão jurídica da solidariedade social teria se traduzido em serviço público em consequência da difusão do pensamento da corrente sociológica.

2.5.1 A Noção de Serviço Público em Léon Duguit

Para o direito administrativo francês, foi decisiva a construção teórica do instituto do serviço público, devida especialmente a DUGUIT. As obras iniciais do jurista trataram, em primeiro lugar, de direito constitucional, em especial sobre o fundamento de legitimidade do Estado. Esse tema, longamente desenvolvido por

⁵⁴ RAINAUD, op. cit., p. 4-5.

DUGUIT, tinha o propósito de buscar um novo critério de justificação da atuação do Estado, não mais alicerçado na soberania, num poder especial, ou numa figura mítica representada pelo Estado. Também tratou de afastar definitivamente a idéia de que o Estado detinha um poder absoluto, o qual, na doutrina alemã, denominava-se *Herrschaft* (tal como propugnavam Ihering ou Jellineck⁵⁵).

Por esse motivo, o critério de atribuição de competência justificada pela expressão de uma autoridade (*puissance publique*) foi o grande alvo das críticas de DUGUIT. Além disso, ela serviu de plataforma para a construção de uma teoria sobre a legitimação do Estado fundada na noção de serviço público.

A obra intitulada *L'État: le droit objectif et la loi positive* pretendeu explicar que o Estado deveria se sujeitar a um direito objetivo e agir dentro dos limites por ele estabelecido, sempre vinculado ao fim da solidariedade social. A lei positiva, por sua vez, implicaria somente na criação de poderes e deveres objetivos, nunca de direitos subjetivos. DUGUIT afirmou que as noções de personalidade estatal, de soberania, de sujeito de direito não respondiam de nenhum modo à realidade e deveriam ser definitivamente banidas⁵⁶.

DUGUIT aderiu ao método do positivismo sociológico⁵⁷, segundo o qual o direito aplicável seria aquele socialmente aceito e integrado ao comportamento social. Essa racionalidade social (e histórica) seria, quando decifrada pela sociedade e em

⁵⁵ ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. Paris: Dalloz, 1997. p. 15.

⁵⁶ DUGUIT, León. **L'État ...**, p. 617.

⁵⁷ ESPLUGAS, op. cit., p. 15; GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au droit des services publics**. Paris: L. G. D. J., 1994. p. 23.

especial pelos juristas, a fonte do um direito objetivo capaz de orientar a atividade legislativa⁵⁸ no sentido da realização da solidariedade social.

Para ele, a história de um povo parecia ter um papel determinante na construção do direito. Essa linha de pensamento pode ser confirmada pela seguinte passagem: “um sistema jurídico só tem realidade na medida em que ele possa fundar e sancionar as regras que asseguram as necessidades impostas aos homens numa dada sociedade, num certo momento”⁵⁹. A seu ver, a história revelava uma busca progressiva da solidariedade social⁶⁰. Ou seja, as regras criadas pelo direito objetivo seriam a resposta à demanda de ordem social, e realização da solidariedade social, já que tenderiam a satisfazer os interesses de uma dada sociedade. Reputa-se justa, portanto, a crítica tecida por Bandeira de MELLO, de que a noção de DUGUIT não é fornece os elementos que caracterizam o instituto perante o direito, mas serve para indicar ao político, ao legislador aquilo que este deve extrair da realidade concreta como serviço público⁶¹.

⁵⁸ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 45. O autor lembra, ainda que na esteira de outros historicistas, como Hegel e Comte, DUGUIT postula que o real é racional, e no fundo o direito não é mais do que a racionalidade global das sociedades, isto é, da história.

⁵⁹ DUGUIT, León. **Les transformations du droit public**. Paris: La memoire du droit, 1999. p. 26.

⁶⁰ A expressão “solidariedade social” utilizada por DUGUIT seria uma obrigação de solidariedade que têm os membros de uma dada sociedade, no sentido de realizar e alcançar suas necessidades de ordem material, intelectual e moral. DUGUIT assinala que os autores alemães se referem a esse conjunto de atividades com a expressão “cultura”, ou seja os governantes devem, além de exercerem as tarefas típicas do *État Gendarme*, ‘realizar todas as atividades próprias a desenvolver a cultura física, intelectual, moral do indivíduo e a prosperidade material da nação’. Consultar: DUGUIT, **L’État ...**, p. 80-100, e DUGUIT, **Les transformations ...**, p. 26-32. (da edição *LA MEMOIRE DU DROIT*, 1999).

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, **Natureza e ...**, p. 140-141.

MESCHERIAKOFF⁶² explica que o surgimento da noção de serviço público de DUGUIT se deveu ao fato de que, em face da chamada “solidariedade social”, cada membro da sociedade teria “obrigações” proporcionais à sua posição na sociedade no sentido de alcançar uma “finalidade” (*loi de but*). Mesmo sem teorizar especificamente sobre a noção de serviço público, já em 1901, a idéia de que todos os membros de um grupo social têm obrigações positivas e negativas estava incorporada à doutrina de DUGUIT⁶³. Tais obrigações no âmbito da atividade Estatal estariam sempre vinculadas às regras do direito, as quais seriam, por sua vez, os limites do poder. Deflui-se disso, então, que se o Estado estivesse limitado pelo direito objetivo, ele não poderia justificar seus atos pela *puissance publique*. Esse teria sido o ponto de partida da oposição do pensamento de DUGUIT à noção de *puissance publique* para legitimar a atividade do Estado.

Nesse contexto revestido de um caráter fortemente sociológico, apareceu a noção de serviço público de DUGUIT, marcadamente influenciada, já se disse, pelo pensamento de DURKHEIM⁶⁴. No entanto, até que DUGUIT tratasse do tema jurídico de serviço público, poderia se dizer que sua obra atinha-se aos aspectos do fundamento sociológico⁶⁵ do Direito e da limitação jurídica do Estado.

Ademais, DUGUIT procurava, com sua doutrina sociológica, refutar qualquer noção metafísica de legitimação do Estado. O seu enfoque sociológico permitia a

⁶² MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 46.

⁶³ DUGUIT, *L'État ...*, p. 15.

⁶⁴ O próprio DUGUIT afirma ter se inspirado no livro de Durkheim, *De la division du travail social*, 1893. Conferir: *Ibid.*, p. 24, nota 1.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO afirma, nesse sentido, que a noção de serviço público em Duguit “é um noção antes sociológica que jurídica”. (BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e ...*, p. 140).

construção de uma doutrina fundada na realidade, na história, nas necessidades concretas da sociedade. Daí conclui PISIER-KOUCHNER que a noção de serviço público, em DUGUIT, apresenta-se como a conseqüência do postulado sociológico de sua doutrina, a qual pretendia fundar a realidade jurídica sobre a realidade social, como o resultado da observação científica⁶⁶ dos fatos sociais e não como a invenção de um conceitualismo metafísico⁶⁷.

O raciocínio de DUGUIT resultou na concepção de que o Estado é, de fato, titular de uma determinada parcela de poderes dentro de uma sociedade organizada, e deve ter maiores responsabilidades na realização da “solidariedade social”. Dai decorria a idéia de que, o papel de prestador de serviço público deveria ser atribuído ao Estado, segundo a concepção de DUGUIT, por causa, exatamente, dessa concepção de “distribuição” de responsabilidades (obrigações)⁶⁸.

Acrescente-se ainda que, para se compreender as características do serviço público na doutrina de DUGUIT, deve-se ter em vista que, para ele, serviço público era um dado objetivo, abstrato e uma instituição social mais que jurídica⁶⁹.

Como dado objetivo e material, o serviço público seria o modo pelo qual o governante deveria realizar a racionalidade social global, por ele chamada de

⁶⁶ Lembre-se o contexto positivista em que se inseria o trabalho de Duguit, o que significava uma pretensão de identificar no método das ciências da natureza o modelo de ciência social.

⁶⁷ PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit**. Paris: L. G. D. J., 1972. p. 17.

⁶⁸ A noção de obrigação de prestação de solidariedade social aparece desde a primeira grande obra de DUGUIT (1901), ao passo que a expressão “serviço público” só começa a aparecer nas suas obras a partir de 1907, para se consolidar em 1913 com o livro *Les transformations du droit public*.

⁶⁹ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 49.

“solidariedade social”. Não seria da vontade do governante que se originaria a necessidade de serviço público, mas da realidade, da história.

Deve-se chamar a atenção para o fato que o pensamento de DUGUIT refletia um momento histórico que se caracterizou pela relevância da análise da racionalidade social como ponto de partida para a construção do direito.

MESCHERIAKOFF faz uma interessante consideração acerca do efeito da característica objetiva do serviço público. Consoante MESCHERIAKOFF, DUGUIT concebia que o serviço público “se constatava” pelos dados objetivos da história, não “se criava” pela vontade subjetiva do legislador. Para DUGUIT, quem faria a “constatação” de um serviço público seriam os governantes (possivelmente esclarecidos por juristas), uma vez que só a eles se confiava a tarefa de realização da “solidariedade social”. O efeito dessa relação, explica MESCHERIAKOFF, é que a racionalidade histórica global impediria “que se produzisse uma distorção duradoura entre a necessidade de satisfazer a solidariedade social e a constatação que fazem os governantes”⁷⁰. Ou seja, a necessidade de o Estado prestar um serviço deriva de uma constatação de que num dado momento histórico aquele serviço não está podendo ser usufruído por toda a população e isso gera desigualdades sociais. O modo pelo qual o Estado pode sanar esse problema é, através de seu poder de governante, garantir que a atividade seja realizada, seja assegurando-a, regulando-a ou controlando-a. Essa situação poderia proporcionar uma relação “govenante-governado” mais estável e capaz de gerar menos insatisfação e menos conflitos sociais.

⁷⁰ MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 49.

O caráter abstrato da noção de serviço público defendida por DUGUIT se relacionava à relação de solidariedade social existente entre um determinado Estado e sua sociedade⁷¹. As características peculiares de uma determinada época poderiam erigir à categoria de serviço público uma atividade que, em outro tempo, teriam caráter diverso⁷². O mestre francês foi mais longe ainda, dizendo que um determinado momento histórico também pode tornar difícil a qualificação de um serviço público⁷³. Percebe-se que havia um traço de “maleabilidade” da noção de serviço público de DUGUIT, que a fez se adaptar à transição do modelo de Estado liberal ao modelo de Estado Providência. Ressalva-se, novamente, que sua teoria tinha muito mais afinidades com o modelo de Estado que se afirmou logo após a Primeira Grande Guerra.

Da conjugação da idéia de direito objetivo, finalidade (dever de realização da solidariedade social) e existência de governantes (níveis políticos distintos), DUGUIT extraiu sua teoria do serviço público como sistema de legitimação do Estado⁷⁴. Toda a atuação do Estado estaria fundada no dever de realizar a finalidade de solidariedade social.

Mas, de fato, o que seria o conteúdo do serviço público para DUGUIT? Para tentar esclarecer a noção de serviço público, o publicista francês partiu da explicação de que existiriam três atividades que até então tinham sempre sido demandadas dos

⁷¹ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 50.

⁷² O exemplo clássico que DUGUIT deu para reforçar essa tese é o do serviço de culto religioso, que até 1905 era serviço público na França.

⁷³ Explica MESCHERIAKOFF sobre o texto RDP, 1907, de DUGUIT, p. 415. (MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 50).

⁷⁴ DUGUIT, **Les transformations ...**, p. 39 et seq.

governantes: a defesa do território contra o inimigo externo, a manutenção da segurança e a manutenção da ordem interna. Resumir-se-iam aos serviços públicos originários: a guerra, a polícia e a justiça⁷⁵. Mas a sociedade moderna não poderia se contentar apenas com tais serviços e demandaria outras prestações de ordem intelectual e moral, dentre os quais figurariam os serviços públicos de educação e assistência social. DUGUIT acreditava que havia chegado ao fim o tempo em que os governados exigiam que o Estado nada fizesse, conforme os ditames do liberalismo, predominante no século XIX. Ao contrário, o homem moderno reclamava que o Estado suprisse certas demandas novas⁷⁶, que assumisse certas obrigações que se traduziriam pela prestação de serviço público.

Essa concepção se entranha indissociavelmente à idéia de solidariedade social como fim último e essencial do Estado. É que a realização da solidariedade social exige uma atuação ativa. Nenhuma idéia de solidariedade pode ser atingida através da inação, da omissão, da passividade. Ao destinar ao Estado o fim da solidariedade social, Duguit rebelou-se contra qualquer concepção de uma Administração meramente espectadora da realidade social e omissiva quanto às necessidades dos administrados. Vincular solidariedade social a serviço público foi, portanto, um passo inevitável e, dentro desse contexto, extremamente lógico.

Assim e no plano das relações internacionais, a solidariedade entre as diversas nações estaria a demandar mais obrigações dos Estados. Por exemplo, no campo da

⁷⁵ DUGUIT, *Les transformations* ..., p. 48.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 29 et seq.

comunicação internacional, tornava-se imperiosa a organização de serviços de correios e telégrafos. Para DUGUIT, nenhuma instituição melhor que o serviço internacional de correios para demonstrar a solidariedade de obrigações e direitos que unem as nações⁷⁷.

Internamente, consoante DUGUIT, o objeto do serviço público num dado Estado deveria ser extraído da sua situação econômica e das necessidades de seus cidadãos⁷⁸.

Para ele, a noção de serviço público não era, já então, uma criação inovadora. Sustentava que ela existia desde a constatação da formação de governantes e de governados. Portanto, enquanto presente esse binômio, estaria presente, também, no espírito dos homens a noção de serviço público⁷⁹. Isso porque a presença de um ente político, titular de um poder, geraria imediatamente sua sujeição a um direito objetivo e, conseqüentemente, a obrigação de promover, assegurar os serviços públicos. Assim explica DUGUIT: “Efetivamente, desde esse momento, compreendemos que certas obrigações se impõem aos governantes em favor dos governados e que o adimplemento desses deveres são, por sua vez, a conseqüência e a justificação de seu maior poder”⁸⁰.

⁷⁷ DUGUIT, **Les transformations...**, p. 49. Lembre-se que, no estágio tecnológico da época, esses eram os serviços que propiciavam a comunicação entre os povos. Essa concepção atualizada para os tempos de hoje, reservaria aos serviços de telecomunicações uma função semelhante. Por outro lado, a dinamização das telecomunicações foi fundamental para as modificações sócio-econômicas que se verificaram no mundo no final do século XX. Como se vê, Duguit já intuía a função fundamental da estrutura de serviços de comunicação para os fins de interesse coletivo. O próprio direito comunitário, como ver-se-á adiante, imporá proteção a esse setor.

⁷⁸ Ibid., p. 51.

⁷⁹ Ibid., p. 33.

⁸⁰ Id.

DUGUIT formulou a noção de serviço público como: “toda a atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e controlado pelos governantes, por ser 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”⁸¹. O conceito proposto poderia dar margem a uma aplicação mais ampla ou mais restrita da idéia de serviço público. Ele não se preocupou em especificar os serviços públicos que se enquadrariam na noção. Também não pareceu optar pela imposição da prestação do serviço diretamente pelos governantes, nem mesmo restringir a atividade privada no setor.

Apenas a título ilustrativo, para que não se perca o referencial temporal, é curioso observar que DUGUIT professava que, dentre as atividades que deveriam passar a ser “serviço público”, estariam o transporte coletivo local, interestadual e internacional, bem como a energia elétrica⁸². Além disso, DUGUIT insistia, ainda, na importância do fator “continuidade”, “não-interrupção” de prestações que representavam uma necessidade fundamental na vida das pessoas, com o fim de justificar a assunção de serviços públicos pelo Estado.

Apesar de bastante persuasiva, a teoria sobre o serviço público do mestre de Bordeaux não escapa de algumas importantes críticas. DUGUIT pareceu pouco preocupado em dar tratamento adequado a duas importantes acepções da expressão serviço público, usualmente apontados na doutrina. Ele utilizava indistintamente

⁸¹ DUGUIT, **Les transformations...**, p. 51.

⁸² *Ibid.*, p. 50. Note-se que na época a eletricidade não chegava a todos os lares da França, muitas residências ainda se servia da iluminação de velas.

serviço público tanto como atividade material (como na definição acima) como no sentido orgânico. Diversas passagens de suas obras expõem essa imprecisão teórica.

Das palavras do próprio DUGUIT, extrai-se o caráter funcional da noção de serviço público: “O Estado é o conjunto de serviços públicos funcionando sob a impulsão e controle dos governantes no interesse coletivo”⁸³. Para EISENMANN, essa dualidade, que confunde o sentido material com o institucional, está mais presente na obra *Les transformations du droit public*, com o que conclui que DUGUIT produz, “inconscientemente, misturas e confusões, em que ele passa de um sentido ao outro, (...) o que cria um insuportável ‘salada’”⁸⁴. Apesar de fazer essa crítica, sem dúvida procedente, EISENMANN conclui que a teoria acerca do serviço público proposta por DUGUIT, adotando este conceito como noção fundamental do direito público e do direito administrativo, designa, de fato, uma atividade⁸⁵.

Por outro lado, na esteira das colocações acerca da natureza do Estado, pode entender-se a teoria sobre serviço público de DUGUIT como um “sistema de produção” do Estado⁸⁶. Assim concebido, o serviço público tornaria inteligível o conjunto de instituições e funções estatais⁸⁷.

O serviço público como estrutura das instituições estatais pode ser representado pela idéia de descentralização. O Estado cria uma rede institucional para

⁸³ DUGUIT, *Les transformations ...*, p. 255.

⁸⁴ EISENMANN encontra inúmeros exemplos dessa dualidade de acepções do conceito de serviço público na obra de DUGUIT. Ver: EISENMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. Paris: L. G. D. J., 1982. t. 1, p. 26 et seq.

⁸⁵ Id.

⁸⁶ MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 47 et seq.

⁸⁷ DUGUIT, *Les transformations ...*, p. 32.

atender ao dever de prestar serviço público. Toda instituição estatal criada pelo Estado visaria, em última análise, a realizar aquilo que DUGUIT chama de direito objetivo. Contudo, para o publicista, esse aumento no número de instituições estatais erigidas para a prestação de serviço público não significaria, por sua vez que o Estado – na pessoa de seus governantes – estaria tornando-se mais forte e poderoso⁸⁸. Segundo o pensamento de DUGUIT, como o Estado não é titular de direitos subjetivos, sua autoridade não existe e o Estado não ficaria mais ou menos “poderoso” pelo tamanho de sua estrutura. Isso só pode ser compreendido, no entanto, pela ótica de DUGUIT que repelia toda e qualquer teoria que se fundasse na soberania do Estado⁸⁹, representada pela *puissance publique*. Por isso, assevera DUGUIT: “a noção de serviço público substitui o conceito de soberania como fundamento do direito público”⁹⁰.

A noção de serviço público de DUGUIT permite entendê-lo como meio de estruturação das funções estatais. Ou seja, como instrumental do Estado, ou ainda, o modo como o Estado realizaria o seu fim de solidariedade social. DUGUIT colocou a noção de serviço público no centro do direito público⁹¹ e fez com que todos os demais

⁸⁸ DUGUIT, *Les transformations* ..., p. 55.

⁸⁹ O tema desse trabalho passa ao largo do tema de soberania. É importante, no entanto, deixar clara uma distinção que DUGUIT faz acerca do tema de soberania. Diz o autor que em direito internacional, a soberania é uma noção precisa e bastante exata. Porém em direito interno a soberania não é nada, não pode ser nada, e é apenas uma palavra cômoda para justificar a arbitrariedade do poder e para adornar as teorias absolutistas de um aspecto jurídico (Ver: DUGUIT, *L'État* ..., p. 349). Além disso, hoje o tema “soberania” no âmbito internacional é bastante questionado, e muito menos preciso, em especial depois do advento da União Européia.

⁹⁰ DUGUIT, *Les transformations* ..., p. 33.

⁹¹ DUGUIT afirmou que “o direito público é o direito objetivo dos serviços públicos”. (DUGUIT, *Les transformations* ..., p. 52).

conceitos girassem ao seu redor. Até mesmo as funções jurídicas do Estado⁹² estariam representadas pelas suas diversas formas de manifestação de vontade, seja ela função legislativa, ao criar um serviço público, seja pela função executiva que o realiza, ou ainda pela função jurisdicional que constata a justa realização do serviço público. As funções que dizem respeito à separação dos poderes do Estado existiriam, ao ver de DUGUIT, com o objetivo de fazer funcionar o serviço público, conforme explica MESCHERIAKOFF⁹³.

Para DUGUIT, os três elementos essenciais desse sistema seriam o caráter objetivo dos serviços públicos, o reconhecimento legislativo dos serviços públicos, e a execução da obrigação que se impõe aos governantes⁹⁴.

Assim, pode-se supor que DUGUIT propôs uma reconstrução da teoria da separação dos poderes sobre a base do sistema de serviço público. Isso poderia ter fundamento na rejeição a qualquer referência a teorias organicistas que se reportassem à idéia de soberania ou *puissance publique*. Esse pensamento pode ser sintetizado pelas palavras de PISIER-KOUCHNER: “DUGUIT prefere descartar toda referência orgânica na medida em que essa divisão tradicional lhe parece implicar de modo evidente um referência ao dogma da soberania nacional incorporada na vontade legislativa”⁹⁵. Lembre-se, ainda outra vez, que DUGUIT propugnava pela substituição do conceito de soberania, como fundamento do direito público, pela noção de serviço

⁹² MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 48 et seq.

⁹³ *Ibid.*, p. 48.

⁹⁴ DUGUIT, **Les transformations...**, cit., p. 54.

⁹⁵ PISIER-KOUCHNER, *op. cit.*, p. 167.

público. Ele indicou que outros publicistas⁹⁶, além dele próprio, afastavam a idéia de *puissance publique* como alicerce do Direito Público, e adotavam como único fundamento a noção de uma função social, representada pelo serviço público.

MESCHERIAKOFF argumenta que a noção de serviço público em DUGUIT não seria uma categoria jurídica⁹⁷. A doutrina de DUGUIT estava vinculada ao caráter sociológico do Direito⁹⁸, como se pode extrair de suas obras. Por esse tipo de postura genérica quanto aos institutos jurídicos, DUGUIT passou a ser alvo de muitas críticas, dentre elas a mais conhecida a de que seria um “anarquista de cátedra” nas palavras de HAURIOU⁹⁹.

O rótulo de anarquista atribuído a DUGUIT poderia estar relacionado ao fato de que DUGUIT tentou negar a idéia de soberania e, ao fazê-lo, repudiou a idéia de que a força do Estado pudesse ser legítima por si própria. Esse pensamento pode ser sintetizado em uma frase sua: “a força dos governantes não é de modo algum legítima em si mesma, mas somente desde que seja empregada para sancionar o direito, ou seja, a garantir toda cooperação à solidariedade social”¹⁰⁰. Mas o “anarquismo” de DUGUIT deve ser entendido de um modo particular, sempre lembrando que seu

⁹⁶ DUGUIT cita os publicistas Hauriou e Berthélemy. (Ver: DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 36 et seq.) Duguit faz referência aqui à terceira fase do pensamento de Hauriou em que o mestre de Toulouse privilegia a noção de serviço público como critério de competência do direito administrativo. As fases do pensamento de Hauriou serão tratadas no tópico seguinte.

⁹⁷ MESCHERIAKOFF, **Droit des** ..., p. 50.

⁹⁸ DUGUIT dedicou longas páginas ao tema, especialmente na obra *L'État: le droit objectif et la loi positive*.

⁹⁹ CHEVALLIER, **Le service** ..., p. 38. Além de HAURIOU, ESMAN também reservou a crítica de anarquista a DUGUIT. Confira-se para isso: PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 149.

¹⁰⁰ DUGUIT, **L'État** ..., p. 616. Para um estudo aprofundado da questão da soberania e da vontade dos governantes conferir a mesma obra, p. 318 et seq.

pensamento poderia soar revolucionário para a época, levando-se em consideração as particulares circunstâncias históricas¹⁰¹.

PISIER-KOUCHNER afirmou que DUGUIT não pretendia negar todo tipo de autoridade, até porque essa atitude não bastaria para caracterizar a anarquia. O mestre francês parecia excluir, num primeiro momento, toda idéia de superestrutura de poder¹⁰² o que refletia uma influência das máximas da Revolução. Essa afirmativa encontra apoio na asserção de FRANK MODERNE: “O conceito de serviço público se forjou e se reforçou no final do século XIX como expressão de uma sorte de ‘pacto republicano’ de um compromisso histórico e político entre a corrente liberal e a corrente socialista”¹⁰³.

Ainda consoante PISIER-KOUCHNER¹⁰⁴, a noção de serviço público se apresentou na obra de DUGUIT como o resultado de uma tentativa de renovação do pensamento jurídico tradicional. Essa renovação teve como pano de fundo um momento muito significativo para o Direito, qual seja, a consagração e a sedimentação do Estado Democrático de Direito. As idéias de DUGUIT, embora tenham sido externadas sem pretensão de afiliar-se a uma ideologia política, coincidiram com um momento de abandono do dogma liberal e o nascimento do Estado Providência¹⁰⁵.

¹⁰¹ Já se disse anteriormente que o trabalho de DUGUIT surgiu num período de transição política muito intenso e as suas idéias estavam muito à frente do seu tempo.

¹⁰² PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 149 et seq.

¹⁰³ MODERNE, Franck. Les mutations des services publics en droit français. In: SERVICE public et communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 6.

¹⁰⁴ PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 23.

¹⁰⁵ ESPUGLAS, op. cit., p. 4.

Contudo, a intenção de DUGUIT não era sugerir um novo modelo político. Pretendeu que sua doutrina servisse ao quadro do Estado liberal tradicional¹⁰⁶. Portanto, ao ler e interpretar a doutrina de DUGUIT, deve-se tomar o cuidado de inseri-la no contexto histórico devido, atribuindo à sua obra o devido valor para o direito público.

De todo o modo, como exposto acima, o pensamento de DUGUIT passou a ser o ponto referencial da “*École du service public*”. É fundamental destacar, no entanto, que a chamada “escola de Bordeaux” deu-lhe nova interpretação e abandonou os fundamentos filosóficos originais da sua doutrina. Na verdade, é possível afirmar que se incorre em uma imprecisão doutrinária quando se utiliza a noção de serviço público de DUGUIT como sinônimo da noção desenvolvida pela *École du service public*. Isso se verifica, especialmente, em virtude do enfoque subjetivo que Jèze deu à noção, conforme se verá adiante.

2.5.2 A Contribuição de Hauriou para a Noção de Serviço Público

Não é possível ignorar, por outro lado, a contribuição de HAURIOU para o desenvolvimento do instituto do serviço público. As divergências (restritas ao campo das idéias) entre DUGUIT e HAURIOU levaram a doutrina francesa, durante algum tempo, a dividir-se no que diz respeito à paternidade dessa noção. De fato, pode-se

¹⁰⁶ PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 157. Segundo a autora, a teoria duguista não pretendia nenhum resultado político, ou melhor, dizendo, pretendia mesmo a “indiferença” política. Frank MODERNE assevera, nesse sentido que “... de maneira meio paradoxal a idéia de serviço público se acomodou bem tanto na teoria do Estado liberal, quanto na do Estado Providência”. (MODERNE, *Les mutations ...*, p. 6).

verificar que há dois ângulos distintos quanto à origem da expressão: por um lado, quem a teria usado pela primeira vez e, por outro, quem lhe teria dado o seu conteúdo de fundamento do direito público.

HAURIOU, explica SFEZ, era mais referido nas universidades francesas como o grande opositor da noção de serviço público do que como seu criador¹⁰⁷. Atribui-se a um artigo de RIVERO¹⁰⁸ a revelação de um HAURIOU, quase que desconhecido e esquecido no direito francês. A partir desse trabalho, HAURIOU passou a ser reconhecido não só como o criador da expressão, mas também seu defensor. Até pode questionar-se a procedência desse enfoque, mas é importante observar que o tema também foi objeto de estudo de HAURIOU, ainda que com tratamento diverso daquele de DUGUIT, pois mesmo nos momentos em que defendeu a noção de serviço público, vinculou a ela a concepção de *puissance publique*¹⁰⁹. Aliás, entre nós, Celso Antônio Bandeira de MELLO já observara, de há muito, que HAURIOU nunca aceitara a noção de serviço público como conceito único a fundamentar o direito administrativo¹¹⁰.

O pensamento de HAURIOU caracterizou-se por uma tendência a variações cíclicas e alternadas, ora tendendo a privilegiar a noção de serviço público, ora preferindo apoiar-se na noção de *puissance publique*. Tradicionalmente, a doutrina francesa indicava dois períodos no pensamento de HAURIOU. O primeiro fora de

¹⁰⁷ SFEZ, Lucien. **Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français**. Paris: L. G. D. J., 1966. p. 134.

¹⁰⁸ Trata-se do artigo *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*. *Mélanges Mestre*, p. 461.

¹⁰⁹ PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 19.

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, **Natureza e ...**, p. 137.

1899 a 1921, caracterizando-se pela preponderância do conceito de serviço público. O segundo, de 1921 a 1927, em que houve a preferência para a *puissance publique*¹¹¹. O estudo de RIVERO foi decisivo para demonstrar a existência de outros dois períodos do pensamento de HAURIOU. A análise revelou duas etapas anteriores: em 1892, houvera manifestação em favor do serviço público; em 1897, externara-se preferência pela *puissance publique*¹¹². No mesmo sentido, SFEZ encontrou, nessas fases, um progresso lógico que norteava a ordem cronológica do movimento ora tendente para uma noção, ora para outra. Esse movimento deu-se, em outras palavras, entre dois pontos da mesma linha de raciocínio: ora sobre o fim (serviço público), ora sobre o meio (*puissance publique*).

Na primeira fase, iniciada em 1892, HAURIOU já havia apresentado uma definição de serviço público, ainda que bastante resumida: “um serviço público é uma organização criada por uma pessoa administrativa tendo em vista a satisfação de uma necessidade coletiva”¹¹³. Mais adiante, HAURIOU identificou serviço público a uma utilidade pública, o que justificaria o uso da *puissance publique*. Nota-se aí que, embora a ênfase de seu discurso inicial estivesse na noção de serviço público, ao final de alguns anos, ela já passava a privilegiar a noção de *puissance* como fundamento do direito administrativo.

A segunda fase, que se iniciou em 1897, consagrou a adoção de *puissance publique* como critério de competência do direito administrativo. Isso teria ficado

¹¹¹ SFEZ, op. cit., p. 135.

¹¹² Id.

¹¹³ Confira-se trabalho de SFEZ, onde encontra-se referência ao conceito de serviço público proposto por Hauriou. (Ibid., p. 136).

evidente por uma análise que HAURIUO fez sobre o tema da gestão de serviço público¹¹⁴. Segundo HAURIUO, a gestão de serviço público se apresentava em dois estágios de operação superpostos em que seria possível reconhecer o emprego da *puissance publique*: nas atividades técnicas de serviço e nas administrativas gerais. Caberia à jurisprudência revelar, ao analisar os fatos, se havia ou não uso da *puissance publique*. Assim, assinalou SFEZ, um serviço público poderia ou não comportar *puissance publique*¹¹⁵. Ou seja, só haveria serviço público, como finalidade do direito administrativo, quando o seu meio de exteriorização fosse pela *puissance publique*. Desse modo, o direito administrativo passava a ser definido¹¹⁶ como um conjunto de normas relativas à organização e funcionamento dos serviços públicos, cujo regime jurídico se definiria pela exteriorização da *puissance publique*.

A terceira fase, iniciada em 1899, desviou o ponto de equilíbrio de sua teoria para o serviço público. Sua reflexão parece ter tido como base a construção doutrinária de LEFERRIÈRE¹¹⁷. HAURIUO procurou explicar a via de gestão como modalidade de atividade administrativa, de onde concluiu que, mesmo em face de uma atividade realizada com a colaboração do administrado (particular), a competência seria da jurisdição administrativa¹¹⁸. RIVERO destaca, a esse propósito, que sob influência de HAURIUO¹¹⁹, a jurisprudência da época passou a remeter ao juízo do Conselho de

¹¹⁴ SFEZ, op. cit., p. 138.

¹¹⁵ Id.

¹¹⁶ Assim esclarece RAINAUD, op. cit., p. 7.

¹¹⁷ A doutrina de LAFERRIÈRE, apenas para lembrar, baseava-se na dupla acepção do Estado como Estado-autoridade e Estado-pessoa civil, que, em virtude dessa dicotomia, produzia “atos de autoridade” e “atos de gestão” respectivamente.

¹¹⁸ SFEZ, op. cit., p. 138-142.

¹¹⁹ RIVERO, *Droit* ..., p. 207.

Estado todos os litígios que dissessem respeito ao funcionamento de um serviço público.

O próprio DUGUIT¹²⁰ fez referência a essa fase de HAURIOU quando observava que a doutrina deste publicista acabava, no fundo, por negar a soberania como justificativa da ação do Estado¹²¹ e que estaria bem próximo de reconhecer que o “serviço público seria o único e verdadeiro fundamento” do direito público moderno.

Finalmente, entre 1921 e 1927, HAURIOU passou a defender definitivamente a *puissance publique*, ainda que não rejeitasse a importância da noção de serviço público. No entanto, em comentários aos acórdãos de sua época sua afiliação à noção que privilegia o meio, ou seja *puissance publique*, consolidou-se de vez. SFEZ explica que, no comentário ao acórdão *Commune de Monségur* (1921), HAURIOU renovou sua hostilidade contra o critério do serviço público¹²². A questão envolvia um caso de trabalhos executados dentro de uma igreja que, pelo fato de serem realizados por conta de uma pessoa pública com o fim de atender o interesse da comunidade, conservariam o caráter de atividade pública. Considerando que a Igreja e o Estado haviam se separado e o serviço de culto não era mais considerado serviço público, o critério de definição de competência, de fato, estaria na *puissance publique*, meio pelo qual a Administração buscava alcançar um fim de interesse público. No entanto, a dialética do pensamento de HAURIOU permaneceu e foi reafirmada pelo autor no famoso

¹²⁰ DUGUIT, **Les transformations...**, p. 39 et seq.

¹²¹ DUGUIT extraiu, ainda, que HAURIOU vislumbrava o poder do Estado não como um direito subjetivo, mas como uma função social a ser exercida pelos governantes. O exercício dessa função social seria o próprio serviço público. (Ibid., p. 39).

¹²² SFEZ, op. cit., p. 142.

prefácio da décima primeira edição: “a puissance publique e o serviço público são duas noções fundamentais do regime administrativo francês”¹²³.

A escola de Bordeaux depositou sua crítica ao pensamento de HAURIOU, exatamente por ele não ter erigido uma noção única, fazendo alterar a ênfase sobre uma noção ou outra, segundo o contexto social e as oscilações de seu próprio pensamento. Ainda assim, HAURIOU passou para a história do direito administrativo francês como o representante da escola de Toulouse, identificada, em última análise, como a escola da *puissance publique*.

2.5.3 A Concepção Subjetiva de Gaston Jèze

Como sucessor de DUGUIT na Escola de Bordeaux¹²⁴, JÈZE também enfrentou o tema de serviço público, acrescentando mudanças ao enfoque dado anteriormente sobre o tema. Gilles J. GUGLIELMI assevera que tal foi a alteração no tratamento do tema, que se poderia duvidar de que se continuasse a falar da noção de serviço público erigida por Duguit¹²⁵.

Para JÈZE, a concepção objetiva de serviço público, elaborada pelo seu predecessor, era vaga demais, abstrata demais, e necessitava uma definição jurídica mais precisa. Em face disso, propôs que o tema fosse revisto sob uma concepção subjetiva. Segundo essa ótica, poder-se-ia reconhecer na vontade do legislador ou do governante a intenção de eleger uma determinada necessidade de interesse geral à

¹²³ HAURIOU por SFEZ, op. cit., p. 143.

¹²⁴ Outros professores que fizeram parte da chamada “Escola de Bordeaux” foram ROLLAND, BONNARD e LAUBADÈRE.

¹²⁵ GUGLIELMI, op. cit., p. 24.

categoria de serviço público. Esse pensamento pode ser sintetizado pelas próprias palavras do autor: “Fala-se única e exclusivamente de serviços públicos quando as autoridades de um país, em determinada época, decidem satisfazer as necessidades de interesse geral mediante o procedimento de serviço público”¹²⁶. Com a preocupação de reconhecer um serviço público, sem que pairassem dúvidas sobre sua natureza, JÈZE manifestou-se firmemente no sentido de se averiguar a “*intención dos governantes*”¹²⁷.

Foi essa concepção que levou Didier TRUCHET¹²⁸ a afirmar que sua ideia de “etiqueta de serviço público” teria sido herdada da proposição de JÈZE, segundo a qual o legislador poderia qualificar uma determinada atividade como serviço público. Portanto, colocaria um “rótulo” de serviço público na prestação.

Destaque-se ademais, que em JÈZE a denominação “serviço público” implicava um regime jurídico derogatório do direito privado. Essa linha de pensamento pode ser confirmada pela seguinte passagem: “Seria desejável que a expressão serviço público se reservasse para os casos em que, para satisfazer determinada necessidade de interesse geral, os agentes públicos pudessem recorrer aos procedimentos de direito público, a regras que estão fora do direito privado.”¹²⁹

A propósito desse entendimento, Celso Antônio Bandeira de MELLO explica que seu escopo era facilitar tanto o desenvolvimento quanto a execução de atividades essenciais, lançando mão de prerrogativas do regime jurídico especial, vez que

¹²⁶ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. 2, p. 19.

¹²⁷ Ibid., p. 18.

¹²⁸ Didier TRUCHET procurou desenvolver a tese de que serviço público é uma etiqueta que se anexa a determinadas atividades de interesse geral. Confira-se: TRUCHET, op. cit., p. 427-439.

¹²⁹ JÈZE, op. cit., p. 9.

preponderam os interesses coletivos sobre os particulares¹³⁰. As demais atividades desenvolvidas pela Administração, sob as regras de direito privado, não estariam compreendidas pela noção de serviço público proposta por JÈZE.

Também escapam ao conceito de serviço público de JÈZE aquelas prestações materiais colocadas à disposição dos usuários pelos particulares, sobre as quais a Administração apenas “intervém para vigiar a exploração da atividade e para proteger o público contra certos abusos do empresário”¹³¹. Ele denomina uma empresa que desempenha esse tipo de atividade de **empresa regulamentada**.

Não parece haver dúvida de que a posição formalista de JÈZE tinha por finalidade facilitar o reconhecimento do serviço público pelos aplicadores do direito, já que a concepção objetiva de DUGUIT não proporcionava tal critério de certeza. JÈZE reconheceu formalmente sua discordância com DUGUIT: “Esta proposição (de que o serviço público é uma criação artificial do legislador) – escreveu DUGUIT – se vincula diretamente com uma concepção contra a qual me rebelei energicamente em diversas ocasiões, concepção segundo a qual o direito é uma criação pura do Estado”¹³².

JÈZE mantinha, então, uma concepção subjetiva. Acrescentou que, no caso de um possível engano ou esquecimento do legislador em declarar um serviço público,

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, *Natureza e ...*, p. 148.

¹³¹ JÈZE, *op. cit.*, p. 10.

¹³² *Ibid.*, p.19, nota de rodapé n. 35. Na mesma nota JÈZE insiste que Duguit provoca uma confusão entre aos aspectos políticos e social do direito com a sua normatização. Ou seja, parece possível se afirmar que Duguit pretendia que pelo ponto de vista sociológico se estabelecesse um direito positivo, prescindindo, até, de explícita manifestação legislativa ou diretamente de governante, ou mesmo considerando esta como acessória.

não restaria outra postura ao jurista que lamentar a falha legislativa, e que nem mesmo um parecer de um conceituado jurista poderia mudar a aplicação do direito pelos tribunais¹³³.

ESPLUGAS adverte que a noção subjetiva proposta por JÈZE tem o mérito de abranger todos os serviços públicos criados, mas sob o risco de a noção de serviço público, propriamente dita, perder sua unidade e sua especificidade¹³⁴. Essa observação parece ter fundamento, pois no momento em que se pode prescindir de um conceito construído no seio do jurídico para substituí-lo pela manifestação expressa da vontade do legislador ou governante todas as construções teóricas *a priori* acerca do tema tendem a ficar vulneráveis ou, inclusive destituídas de utilidade.

Segundo MESCHERIAKOFF, o que resultou da postura de JÈZE foi uma série de mal-entendidos e visões contraditórias¹³⁵, já que pretendeu subtrair da concepção de DUGUIT o seu fundamento filosófico, deixando apenas a parte técnica-jurídica. Dentre elas, esse autor cita uma oscilação constante quanto ao conceito de serviço público, ora de cunho objetivo, conforme o pensamento de DUGUIT, ora de cunho subjetivo, na acepção de JÈZE.

¹³³ JÈZE, **Principios genelares...**, cit. p. 20. Jèze prefere colocar a noção de serviço público como uma categoria jurídica, não resultante de uma positivação sociológica, como em Duguit, e sim de uma positivação legislativa. Jèze também repudiava a noção de Hauriou que admitia existirem atividades que, pela sua natureza, podiam ser chamadas serviços públicos, enquanto outras, tinham natureza tal que não se prestavam a receber essa designação.

¹³⁴ ESPLUGAS, **Le service public**, cit., p. 18.

¹³⁵ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 51.

2.5.4 Balanço da Doutrina de Duguit e Jèze

As diferenças entre DUGUIT e JÈZE podem ser bem avaliadas através da constatação apontada pela doutrina.

Em uma passagem fundamental, DUGUIT definira serviço público “como toda a atividade cuja realização deve ser assegurada, regrada e controlada pelos governantes”¹³⁶. Isso revelava uma concepção de caráter objetivo, especialmente, pelo uso da expressão “deve ser”. Ou seja, “deve ser” por razões históricas e sociais já que é a sociedade que produz e impões essa obrigação do serviço público, o que significava um condicionamento às próprias escolhas estatais. A sociedade seria capaz de revelar as suas necessidades num determinado momento e essas necessidades deveriam se tornar objeto de um dever de prestação do Estado. Recorde-se, mais uma vez, que o liame sociedade-direito ocupava lugar central na doutrina duguista.

Anos mais tarde, EISENMANN expôs uma diferença fundamental entre a posição de JÈZE e de DUGUIT. Segundo EISENMANN, JÈZE concebia como serviço público “toda atividade cuja realização é assegurada, regrada e controlada pelos governantes”¹³⁷. A alteração gramatical é de relevância evidente. Sob DUGUIT, supunha-se que o conceito de serviço público era prévio e autônomo à vontade estatal. Mas, para JÈZE, passa a ser acessório e dependente da escolha do governante.

Segundo MESCHERIAKOFF¹³⁸, essa modificação gramatical implicaria na transformação do caráter objetivo na noção original para o caráter subjetivo. Daí teria

¹³⁶ DUGUIT, León.. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Fontemoing, 1911. t. 1, p. 51.

¹³⁷ EISENMANN a propósito do pensamento de Jèze em: EISENMANN, op. cit., p. 26.

¹³⁸ MESCHERIAKOFF, **Droit des ...**, p. 52.

se originado uma série de incompatibilidades dos sucessores da *École* com a doutrina de DUGUIT, ao ponto de PISIER-KOUCHNER se referir à infidelidade doutrinária dos discípulos de DUGUIT¹³⁹, em especial de Gaston Jèze.

Para DUGUIT¹⁴⁰, o sentido de serviço público se revelava tanto pelo sentido de instituições como pelo sentido das atividades materiais. Já para a concepção subjetiva de JÈZE, uma atividade poderia ter a aparência de um serviço público, porém sem ter sido assumida pelo Estado legalmente. Do mesmo modo, uma atividade poderia não ter cunho de serviço público e ser realizada pelo Estado. Parece estar clara a falta de utilidade jurídica do conceito de serviço público, sob o enfoque dado pela concepção subjetiva.

JÈZE e a Escola de serviço público não teriam conseguido, consoante MESCHERIAKOFF¹⁴¹, atingir o objetivo de vincular em definitivo o serviço público ao regime de direito público, em virtude de dois impasses. O primeiro derivou da adoção da concepção subjetiva de serviço público que tornou inútil a finalidade essencial da doutrina de DUGUIT, ou seja a de fundar juridicamente a limitação do Estado. Em segundo lugar, não conseguiu operacionalizar o conceito de serviço público como critério de definição de competência administrativa.

¹³⁹ PISIER-KOUCHNER, op. cit., p. 17.

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ Ibid., p. 55.

2.6 OS DESDOBRAMENTOS POSTERIORES DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

De todo o debate travado pela doutrina entre o final do século XIX e início do século XX, restou a conclusão de que a noção de serviço público serviria a dois propósitos fundamentais do direito público: delimitar o campo de aplicação do direito administrativo e ser o elemento essencial da figura do Estado¹⁴², fazendo do critério de serviço público o centro do direito administrativo. Nesse particular, HEVALLIER¹⁴³ explica que embora essa fosse a ambição dos doutrinadores, acabou-se por constatar a insuficiência desse critério para as finalidades pretendidas. Isso não significou, no entanto, o descrédito integral da noção de serviço público. Pelo contrário, as duas noções – serviço público e *puissance publique* – teriam passado a ser fundamentos do direito administrativo francês atual, conforme havia constatado HAURIUO, no precitado Prefácio à 11ª edição de seu **Précis**.

Igualmente, não se pode ignorar que o surgimento da noção de serviço público na doutrina francesa foi uma tentativa de se contrapor à doutrina alemã da *Herrschaft* (poder e força do senhorio). Nesse sentido, esclarece Frank MODERNE: “A idéia de serviço público, elaborada pelos juristas franceses tais como Hauriou e sobretudo Duguit que a sistematizou da maneira como a conhecemos, é apresentada de algum modo como a réplica francesa à idéia de “*puissance publique*”, teoria de origem alemã, sustentada pela filosofia hegeliana e veiculada pelos juristas”¹⁴⁴.

¹⁴² CHEVALLIER, **Le service** ..., p. 25 et seq.

¹⁴³ Ibid., p. 26.

¹⁴⁴ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 5.

A crença de que o serviço público poderia ser o elemento central do direito administrativo foi sustentada, ainda, por uma boa parte da doutrina e da jurisprudência, não sem pouca contestação, até os anos 50¹⁴⁵. A partir daí, muito se falou na “crise” do conceito de serviço público.

RIVERO formula pelo menos duas constatações acerca da perda de prestígio da noção poderiam ser extraídas¹⁴⁶. A primeira delas é a confirmação de que a Administração Pública não se limita a gerir serviços públicos. O Estado não encontra sua razão de ser apenas na realização de serviços públicos. Há uma série de atividades desempenhadas por ele que não se constituem gestão de serviço público, dentre as quais se pode citar a tarefa de fiscalização (polícia administrativa). Pode-se afirmar, com isso, que o âmbito do serviço público é bem menor do que o âmbito da atividade administrativa em si.

Em segundo lugar, verificou-se que a Administração pode recorrer, por vezes, a institutos de direito privado, como por exemplo, em matéria de contrato, escapando, portanto, do âmbito da jurisdição administrativa.

Esses dois fatores pareceram ter contribuído para o entendimento de que o critério único do serviço público seria insuficiente para determinar a competência administrativa no direito francês.

No plano econômico e social, RIVERO aponta para o evento da primeira grande guerra mundial como responsável por conseqüências que atingiriam

¹⁴⁵ Nesse sentido RIVERO afirmou que a noção de serviço público como fronteira do direito administrativo foi uma concepção simples e poderosa, que dominou a jurisprudência e a doutrina até os anos 1950. (RIVERO, *Droit ...*, p. 40).

¹⁴⁶ Id.

diretamente a base sobre a qual o direito administrativo francês havia se estruturado¹⁴⁷. O intervencionismo crescente do Estado provocou um “alargamento” do alcance da noção do serviço público até torná-la insuficiente, elástica demais, como critério de definição de competência administrativa. A atividade estatal que, até então, desenvolvia-se num campo mais nítido, mais definido e limitado, passou, em virtude da intervenção do Estado, a ocupar espaços típicos da atividade de natureza privada.

2.6.1 Os Serviços Públicos de Natureza Industrial e/ou Comercial

O abandono do recurso ao critério orgânico (subjetivo) de serviço público para determinar o regime jurídico aplicável foi acelerado com o reconhecimento, a partir da jurisprudência, de uma categoria de serviço público de caráter industrial e comercial (SPIC). Tratava-se do reconhecimento de que a Administração poderia explorar um serviço em condições idênticas às de um particular, sujeitando-se, por consequência às regras de direito comum. Surgiu o entendimento de que um serviço público poderia existir sob regime jurídico de direito privado. A nova configuração de serviços públicos, conhecida por “SPIC”, foi difundida a partir da decisão *Bac D'Eloka*¹⁴⁸.

Em síntese, o acórdão *Bac D'Eloka* dizia respeito à questão de transporte, mediante pagamento, de passageiros e veículos entre um lado e outro de uma laguna, realizado pelo governo da então colônia francesa da Costa do Marfim. Coube ao Tribunal de Conflitos decidir se o direito aplicável ao caso era o direito administrativo,

¹⁴⁷ RIVERO, **Droit** ..., p. 41.

¹⁴⁸ Trata-se do acórdão proferido pelo Tribunal de Conflitos, em 22 de janeiro de 1921, no caso *Société commerciale de l'Oest africain*, mais conhecido pelo nome *arrêt du Bac d'Eloka*.

em razão da titularidade do serviço, ou se se tratava de atividade análoga ao transporte de natureza privada e, portanto, deveria ser remetido à jurisdição comum. O comissário Matter, que escreveu as conclusões do julgado, partiu da idéia de que o Estado presta alguns serviços ditos essenciais, mas também desempenha outras atuações de natureza econômica, ocupando espaços de atuação tipicamente privada, mas que o particular não se interessou em realizá-los. Por conseguinte, ficaria afastada a jurisdição administrativa caso se tratasse de serviço cujo objeto estivesse revestido dessa natureza econômica privada. Esse tipo de intervenção no Estado no domínio da atividade privada só deveria ocorrer, no entanto, de modo acidental e ocasional¹⁴⁹. O caráter eventual da gestão privada de serviço público era uma forma de concertá-la com a ideologia liberal ainda dominante no início do século.

Segundo alguns¹⁵⁰, desde o acórdão *du Bac D'Eloka* o serviço público não mais reinaria como critério identificador do direito administrativo, uma vez que serviços de titularidade pública, mas cujo objeto estivesse recoberto de um caráter econômico, estariam afastados do regime derogatório da jurisdição comum. Não se tratava mais de algum particular aspecto da gestão privada que fazia escapar à jurisdição administrativa, mas do serviço inteiro estar sujeito à jurisdição comum, ensina CHEVALLIER¹⁵¹.

¹⁴⁹ MESCHERIAKOFF, *L'arrêt du ...*, p. 1067.

¹⁵⁰ É o que sustentou, por exemplo, Charles EISENMANN ao dizer “Mais uma vez o *arrêt du Bac d'Eloka* põe e fim ao reino dos princípios do *arrêt Blanco*. Consulte-se: EISENMANN, op. cit., p. 145.

¹⁵¹ CHEVALLIER, *Le service ...*, p. 27. Consulte-se mais detalhado comentário ao julgado no: DELVOLVÉ, *Les grands arrêts ...*, 12. ed., p. 223-233.

Com esse julgado, já se disse, devido à aplicação da noção de gestão privada a um tipo de serviço como um todo, surgiu a denominação “serviço público industrial e/ou comercial”. Embora o Tribunal não tenha utilizado tal expressão, dita categoria de serviços foi imediatamente consagrada pela jurisprudência¹⁵². A referida decisão implicou na criação do serviço público industrial e comercial como modalidade específica de serviço público¹⁵³ e que teria consagrado, na verdade, um novo tipo de gestão de serviço público – a gestão privada de serviço público – e não uma nova categoria de atividade pública¹⁵⁴.

Em definitivo, poderia afirmar-se que a atividade econômica denominada serviço público de caráter industrial e/ou comercial representou a consagração da intervenção do Estado no domínio econômico. Com isso, em face das normas postuladas sobre a livre concorrência, o Estado só poderia, ao optar por esse tipo de atividade, escolher o regime privado, o que, por sua vez, coloca-lo-ia em pé de igualdade com os particulares. A partir do momento em que a Administração escolhesse agir no âmbito da atividade econômica, ela se afastaria das normas derogatórias do direito comum e se sujeitaria às regras do direito privado.

MESCHERIAKOFF¹⁵⁵ afirma que o objetivo daqueles que promoveram a teoria do serviço público de caráter industrial e/ou comercial foi o de impedir que a

¹⁵² CHEVALLIER, *Le service ...*, cit., p. 27. Dentre os julgados que consagram a expressão SPIC o autor cita: *Société générale d'armement*, 1921; de Robert Lafreygère, 1923; Kuhn, 1932.

¹⁵³ Segundo MESCHERIAKOFF, essa afirmativa encontra oposição na doutrina francesa, em especial na opinião de BENOIT e SANDEVOIR, que acreditavam que o serviço público de caráter industrial e/ou comercial seria apenas um tipo de serviço público na sua acepção ampla. Mais recentemente, continua MESCHERIAKOFF, TRUCHET se posicionou nesse mesmo sentido. Ver artigo de: MESCHERIAKOFF, *L'arrêt du ...*, p.1060-1061.

¹⁵⁴ MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 56.

¹⁵⁵ MESCHERIAKOFF, *L'arrêt du ...*, p. 1072.

Administração escolhesse aleatoriamente o regime jurídico aplicável. Ou seja, impedir que a Administração pudesse se beneficiar de suas prerrogativas em situações em que ela se assemelhasse, de fato, a um particular.

A categoria de serviços públicos comerciais e/ou industriais não se confirmou como uma verdadeira categoria jurídica homogênea. Isso resultou da constatação de que, mesmo para esse conjunto de atividades de serviço público regidas pelo direito privado, sempre haveria a possibilidade de recurso a um âmbito, embora restrito, de aplicação das regras derogatórias do regime privado. A existência do atributo finalidade de interesse geral (coletivo) atrai para a atividade de serviço público a aplicação de um regime de normas especiais, em maior ou menor grau.

Essa opinião é compartilhada por MORAND-DEVILLER, que admite que os serviços públicos industriais e comerciais podem se beneficiar das prerrogativas de *puissance publique* em algumas situações, já que o direito público penetra o âmbito da criação e organização dessas atividades¹⁵⁶.

BENOIT também expressou seu ceticismo em relação a essa categoria de serviços. Sem negar a existência dessa categoria de serviços públicos, acreditava que ela se fundava numa idéia falsa. BENOIT defendia que, de modo geral, não se poderia falar em natureza “tal” ou “qual” de um serviço, muito menos que se poderia definir um serviço como sendo industrial ou comercial “por natureza”. Para esse autor, toda qualificação de um serviço derivaria de uma escolha política, pertinente a um dado

¹⁵⁶ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999. p. 484.

momento concreto¹⁵⁷. Nesse sentido afirmava: “Não existe, portanto, qualquer serviço que por sua natureza seja, objetivamente, industrial ou comercial: é industrial ou comercial o serviço que se decide submeter ao regime correspondente”¹⁵⁸.

Além dos chamados serviços públicos industriais e comerciais, a partir dos anos trinta, desenvolveu-se com mais intensidade a gestão de serviços públicos por particulares, via concessão de serviço público, ensina CHEVALLIER¹⁵⁹.

Na seqüência, o acórdão *Caisse primaire Aide et Protection*, de 1938, marcou a existência de um serviço público de titularidade particular¹⁶⁰. Ou seja, uma empresa privada seria gestora de um serviço considerado público.

Finalmente, essas mudanças tornaram impossível encontrar na noção de serviço público o campo exclusivo de aplicação do direito administrativo, quanto menos seu princípio fundamental, já que o serviço público poderia ser regido tanto pelo direito privado, quanto público. Como afirmam VEDEL e DEVOLVÉ, tornou-se extremamente difícil dizer onde começava e onde terminava a noção de serviço público já que toda a atividade de interesse geral, mesmo confiada a um particular, poderia ser um serviço público, ou ainda quando a Administração exercia sobre o prestador um controle mais ou menos à distância ou lhe prestasse uma forma de ajuda¹⁶¹.

¹⁵⁷ BENOIT, op. cit., p. 774.

¹⁵⁸ Ibid., p. 798.

¹⁵⁹ CHEVALLIER, *Le service* ..., p. 27-28.

¹⁶⁰ CHEVALLIER chama a atenção que surgiram inúmeras pessoas jurídicas de direito privado que reconhecidas como gestoras de um serviço público, dentre algumas cita: ordens profissionais, organismos corporativos agrícolas, organismos sociais, organismos de defesa, organismos de intervenção econômica, centros técnicos industriais, etc. (Ibid., p. 28).

¹⁶¹ VEDEL; DEVOLVÉ, *Droit* ..., t. 1, p. 119.

2.6.2 Os Serviços Públicos Administrativos

A confirmação da existência de serviços públicos de carácter industrial e comercial conduziu ao reconhecimento da categoria dos “serviços públicos administrativos” propriamente ditos. Costuma-se referir-se a eles através da expressão “serviços propriamente administrativos”¹⁶², ou “verdadeiros serviços públicos”¹⁶³. Integram essa espécie de serviços a educação, a saúde, os correios e as telecomunicações¹⁶⁴, para nomear alguns. Uma definição inequívoca de serviço público administrativo foi tarefa revestida de alguma dificuldade, sendo identificados como serviços usualmente geridos pela Administração em conformidade com a hierarquia administrativa tradicional¹⁶⁵.

Segundo alguns¹⁶⁶, somente é possível se chegar à definição de serviços públicos administrativos de forma negativa. Ou seja, são aqueles serviços públicos excluídos da categoria “serviços públicos industriais e comerciais”.

Para BENOIT, o regime jurídico desses serviços é especial, à exceção de situações excepcionais em que seja permitida sua sujeição ao regime comum¹⁶⁷. A

¹⁶² Assim os chama BENOIT seguindo a denominação utilizada pelo Conselho de Estado. Veja-se: BENOIT, op. cit., p. 786, nota de rodapé nº. 1.

¹⁶³ JACQUELINE MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 482 e CHAPUS, René. **Droit administratif général**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. 1, p. 561.

¹⁶⁴ Sobre as telecomunicações deve-se conhecer que foi qualificado como serviço público de carácter administrativo pelo Tribunal de Conflitos, em 24 de junho de 1968, no acórdão *Ursot*, mas a partir de uma lei de 2 de julho de 1990, e por pressão da Comunidade Européia, declarou-se estar sujeito ao regime jurídico de direito privado. Consulte-se sobre o assunto: GUGLIELMI, op. cit., p. 33.

¹⁶⁵ VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1992. t. 2, p. 746.

¹⁶⁶ É o que afirmam LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**. 15. ed. Paris: L. G. D. J., 1999. t. 1, p. 913.

¹⁶⁷ BENOIT, op. cit., p. 786.

competência, portanto, é também a administrativa nas questões de responsabilidade ou qualquer outra situação que envolva a estrutura do serviço e a relação dos seus agentes com os usuários.

A noção de serviço público de Gaston JÈZE pode inserir-se nessa categoria. EISENMANN ensina que para JÈZE a “denominação serviço público é reservada para as atividades da Administração, que não obedecem ao direito privado, mas a um outro direito, que se convencionou chamar direito público”¹⁶⁸. Essa constatação é partilhada por CHAPUS, que assinalou que “vários autores ligados à ‘escola do serviço público’ ou influenciadas por ela, tais como Gaston Jèze e Louis Rolland, começaram a apresentar os serviços públicos administrativos como sendo os únicos merecedores de serem considerados como serviços públicos”¹⁶⁹.

CHAPUS¹⁷⁰ defende, ainda, que tanto a jurisprudência quanto a doutrina têm, atualmente, utilizado a expressão “serviço público” para designar apenas os serviços públicos administrativos ora referidos.

2.7 A SEDIMENTAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Na doutrina tradicional francesa, alude-se às “leis de Rolland” para designar os princípios que governam o serviço público. Louis Rolland sistematizou as regras relativas aos serviços públicos e elegeu três princípios fundamentais: continuidade,

¹⁶⁸ EISENMANN, op. cit., p. 30. Este autor faz um excepcional estudo da definição do direito administrativo centrado sobre a noção de serviço público na doutrina de Gaston JÈZE. Daí se extrai a constatação de que, para o mestre da escola de Bordeaux, serviço público designa apenas o conjunto de serviços públicos administrativos.

¹⁶⁹ CHAPUS, *Droit administratif* ..., p. 562.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 563.

igualdade e mutabilidade. Os aludidos princípios são, ainda nos dias de hoje, referidos tanto para os serviços públicos industriais e comerciais quanto para os serviços públicos administrativos¹⁷¹. Sem adentrar as minúcias de cada um dos princípios, faz-se um breve sumário de sua significação para a noção de serviço público.

Primeiramente, o princípio da continuidade¹⁷² já foi apontado pela doutrina como o mais importante deles, representativo da “essência mesma do serviço”¹⁷³. É forçoso reconhecer que esse princípio já havia sido enunciado muito antes por Duguit¹⁷⁴, que preconizava que os governantes deveriam organizar o serviço público e controlá-lo de modo a assegurar o seu funcionamento ininterrupto. Tal como a própria noção de serviço público, o princípio da continuidade sujeitou-se a algumas mudanças ao longo dos anos¹⁷⁵. Da necessidade de se conciliar, por exemplo, o direito de greve com esse princípio, surgiu a imposição da garantia de manutenção de um mínimo de serviço¹⁷⁶. Grande parte dos doutrinadores ressaltam que esse princípio foi revalorizado tanto pelo Conselho constitucional (que reconheceu seu valor

¹⁷¹ MOREAU, Jacques. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1989. p. 333.

¹⁷² René CHAPUS afirma que este princípio era qualificado como “lei” pelo próprio Rolland. CHAPUS, **Droit administratif** ..., p. 580.

¹⁷³ MESCHERIAKOFF, **Droit des** ..., p. 168.

¹⁷⁴ DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 47 et seq. Apenas ilustrativamente, extraem-se algumas passagens que confirmam essa assertiva: “Os governantes devem, portanto, intervir para que esta atividade se exerça de um modo permanente.” (DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 49); “O direito público moderno tornou-se um conjunto de regras determinantes da organização de serviços públicos para assegurar seu funcionamento regular e ininterrupto.” (DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 52).

¹⁷⁵ Por exemplo, continuidade não significa estar disponível permanentemente, e sim não ser extinto. Ainda, a consagração do direito de greve como garantia constitucional, tal como a continuidade dos serviços públicos, alterou a preponderância deste sobre o outro direito. (MOREAU, op. cit., p. 335).

¹⁷⁶ Lei de 31 de julho de 1963, a que se referem RIVERO; WALINE, op. cit., p. 439.

constitucional¹⁷⁷), como pelo Conselho de Estado (que o qualificou de “princípio fundamental”¹⁷⁸).

O princípio da igualdade tem origem no moto revolucionário de 1789. É pertinente a advertência de JACQUES MOREAU quanto à multiplicidade de facetas encontradas nesse princípio: “igualdade de todos os cidadãos diante dos encargos públicos, que constituem um dos fundamentos da responsabilidade administrativa – igual acesso aos concursos de recrutamento (de pessoal) (...) – igual abertura nos procedimentos de contratação por via da concorrência”¹⁷⁹.

Este princípio aplica-se, também, aos agentes dos serviços públicos, ao acesso à carreira no serviço público, e aos usuários que se encontrem em situação análoga¹⁸⁰. Segundo MOREAU¹⁸¹, embora o princípio base seja o mesmo, podem-se encontrar algumas particularidades no modo de obtenção da igualdade diante dos serviços públicos administrativos e perante os serviços públicos comerciais e industriais. O que se observa é que, nos serviços econômicos, pode haver discriminação entre usuários, os quais se sujeitam às regras gerais do comércio. Disso decorre tratamento diverso aos usuários que se encontram em situação diferente.

Finalmente, o princípio da mutabilidade, ou da adaptabilidade, do serviço público. Esse princípio diz respeito à mutabilidade do interesse coletivo no tempo. As exigências de uma dada época podem sofrer alterações em decorrência das

¹⁷⁷ WALINE, op. cit., p. 439.

¹⁷⁸ CHAPUS, *Droit administratif* ..., p. 580.

¹⁷⁹ MOREAU, op. cit., p. 336.

¹⁸⁰ MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 478; CHAPUS, *Droit administratif* ..., p. 585 et seq.

¹⁸¹ MOREAU, op. cit., p. 337.

circunstâncias de vida de um povo. Uma necessidade que se traduz em uma obrigação para o Estado pode deixar de existir num outro dado momento. A adaptabilidade pode levar à criação ou à supressão de uma prestação, como também à simples mudança de regime jurídico, quando, por exemplo, um serviço público administrativo passa a ser considerado serviço público industrial ou comercial. A obrigação da Administração é constatar as modificações jurídicas, econômicas ou técnicas e dar andamento às transformações necessárias. Esse princípio implica na inexistência de obstáculos jurídicos às mudanças a serem desencadeadas pela Administração¹⁸².

MORAND-DEVILLER observa, ainda, que diferentemente dos dois princípios anteriores, o princípio da mutabilidade não se encontra erigido entre os princípios gerais do direito¹⁸³.

Pode-se encontrar também em Duguit a origem desse princípio. Para ele, havia algo de “essencialmente variável, de evolutivo”¹⁸⁴, no trato do serviço público, que tornava impossível fixar um elenco exaustivo de atividades que deveriam receber essa qualificação pelo legislador. A mutabilidade, no sentido de Duguit, tinha, no entanto, a previsão de que os serviços públicos aumentariam proporcionalmente ao aumento das necessidades da civilização. O progresso, para ele, significava que o Estado deveria assumir, cada vez mais, obrigações perante os cidadãos. Tratava-se de uma perspectiva diferente da que se tem concebido atualmente.

¹⁸² René CHAPUS esclarece que esses obstáculos seriam, por exemplo, direitos adquiridos ou vínculos contratuais. CHAPUS, **Droit administratif** ..., p. 576.

¹⁸³ MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 477.

¹⁸⁴ DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 47.

2.8 SERVIÇO PÚBLICO: UMA NOÇÃO CHAVE PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Parece possível afirmar-se que o conceito de serviço público toca todo o conteúdo do direito público francês. Apesar disso, seu conceito atravessa todo um século sem ter recebido uma definição isenta de críticas. Apresenta tantas “frestas” que obriga a jurisprudência e os doutrinadores a abandoná-lo por alguns momentos. Ainda assim, não há um só doutrinador francês¹⁸⁵ que não tenha se dedicado à tarefa de erigir esse conceito a um posto de destaque no direito administrativo, ou mais amplamente no direito público. Porém, essa tarefa encontra, não raramente, obstáculos intransponíveis na aplicação empírica dos conceitos. Isso propicia uma situação de “crise do conceito de serviço público” e direciona a doutrina a encontrar outros conceitos que possam revelar a “essência” do direito administrativo francês.

RIVERO¹⁸⁶ realiza uma interessante síntese sobre o pensamento de alguns autores que se dedicaram a explicar o conteúdo do direito administrativo após um período de desprestígio do critério do serviço público. Trata-se de autores que foram buscar um outro princípio capaz de agregar o direito administrativo nas indicações fornecidas pela jurisprudência. O autor cita, dentre as mais significativas, a noção de interesse geral, a noção de *puissance publique* adotada por VEDEL, além de uma

¹⁸⁵ RIVERO declarou uma vez que não há um especialista em direito administrativo francês que não mereça alguma compaixão. Suas próprias palavras esclarecem: “Tão logo crêem eles ter encontrado um terreno sólido de uma certeza, tão logo começam a construir sobre esse terreno o edifício coerente com o qual eles sonham, descobrem que o solo se revela instável, inapto a suportar uma grande arquitetura. Deve, então, reiniciar-se a busca, e procurar outro lugar”. (RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif. *RDP*, Paris, n. 59, p. 279, 1953).

¹⁸⁶ RIVERO, *Droit ...*, p. 42 et seq.

tentativa de abandonar toda e qualquer tentativa de sistematizar o direito administrativo, até, finalmente, a construção doutrinária de CHAPUS.

RIVERO indica, em primeiro lugar, a tentativa de definir o direito administrativo em torno da noção de interesse público, posição que foi adotada temporariamente por M. WALLINE. Essa tentativa revelou-se insuficiente, no entanto, porque o interesse público é um valor que comanda toda a atividade administrativa e não fornece, em si, um critério concreto e claro o bastante para caracterizar o direito administrativo.

Georges VEDEL propôs a adoção de uma fórmula que combinasse a noção de *puissance publique* com as atividades do Poder Executivo. A viabilidade desse entendimento, todavia, dependia de uma compreensão ampliada da noção de *puissance publique*, não só como prerrogativas da ação administrativa, mas também, como conjunto de regras derogatórias ao direito comum.

Em virtude da dificuldade de se encontrar um critério capaz de agregar o conjunto de regras do direito administrativo, RIVERO explica que certos autores preferiram não só renunciar a tais tentativas com também criticar os que buscavam defini-lo. Trata-se da corrente do “existencialismo jurídico” que, como tal, acabava por negar inclusive a existência do próprio direito.

Mais tarde, René CHAPUS¹⁸⁷ propôs que se tratasse da matéria sob dois aspectos distintos. Primeiro, adotando-se a noção de serviço público como não

¹⁸⁷ Para conhecer em profundidade a teoria proposta por René CHAPUS, leia-se: CHAPUS, René. *Le service public et la puissance public*. RDP, Paris, v. 2, n. 84, p. 235-282, 1978.

fundamental do direito administrativo, pela qual se delimita seu conteúdo. Em segundo lugar, considerando-se a *puissance publique* como critério de competência da jurisdição administrativa.

Para CHAPUS, a noção de serviço público poderia ser definida como “a atividade assegurada ou assumida por uma pessoa pública em vista de um interesse público”¹⁸⁸. De sua definição extraem-se dois componentes. Um deles, o liame entre a atividade e organismo¹⁸⁹ que a assegura ou desempenha, o que revela a importância do critério orgânico para o autor. O outro diz respeito ao fim público a que se destina a atividade. Ou seja, é serviço público a atividade que persegue a satisfação de um interesse público.

CHAPUS não reconhece, no entanto, a noção de serviço público como tendo um papel importante para a definição da competência administrativa, exceto para os serviços públicos ditos administrativos. Para CHAPUS, a *puissance publique* tem estreita ligação com a definição de competência da jurisdição administrativa. Segundo este autor, todas as questões que envolvem atos e operações gravados pela *puissance publique* são destinadas ao juízo administrativo¹⁹⁰. Sugere, ainda, que se adote a fórmula segundo a qual a gestão privada seja de competência judiciária comum e tudo o que envolver gestão pública seja de apreciação da jurisdição administrativa, já que é,

¹⁸⁸ CHAPUS, *Le service* ..., p. 239.

¹⁸⁹ Para CHAPUS um organismo público deve assegurar a atividade, exercendo-a diretamente ou delegando o exercício a um particular. Consulte-se: Id. p. 240.

¹⁹⁰ Ibid., p. 273.

de fato, uma fórmula consagrada pelo direito positivo, desde a criação do sistema de dupla jurisdição¹⁹¹.

RIVERO propõe, por sua vez, que não se faça uma identificação do direito administrativo por um único critério, embora isso fosse o desejável e o mais simples¹⁹². O autor sustenta que há pelo menos dois enfoques da atividade administrativa que devem ser considerados antes de defini-la como tal. De um lado, existiriam os conjuntos de regras de direito conferindo à Administração poderes especiais, chamados de prerrogativas do poder público (*puissance publique*). Por outro lado, explica RIVERO, existem regras que limitam a atividade administrativa ao agir orientado à persecução de um interesse público; trata-se de vinculação. Da conjugação desses dois aspectos, pode-se entender que há um vínculo indissociável entre a idéia de *puissance publique* e serviço público, no sentido de que as prerrogativas desse poder servem de sustentação para a ação administrativa expressa pelo serviço público. Para esse autor, portanto, o critério pode ser tanto o de interesse público quanto o do serviço público, conforme a situação exigir.

LAUBADÈRE publicou um artigo¹⁹³ em 1961 com a finalidade de atrair a atenção dos doutrinadores para a questão da noção de serviço público, especialmente em decorrência das críticas recebidas após a elaboração da concepção subjetiva pela Escola de Bordeaux. O texto procurou dar renovada importância ao tema, deixando de

¹⁹¹ CHAPUS, *Le service ...*, p. 273.

¹⁹² RIVERO, *Droit ...*, p. 43-44.

¹⁹³ *Revalorisations récentes de la notion de service public en droit administratif français* publicado pela primeira vez em 1961 na AJDA, e novamente publicado em *PAGES DE DOCTRINE*, de onde se extraiu o texto aqui referido. LAUBADÈRE, *Revalorisations récentes ...*, p. 219-237.

lado as controvérsias que tanto desgastaram o assunto. O autor destacou que um dos fatores para essa nova ótica sobre serviço público teria sua origem na definição de ato administrativo¹⁹⁴ e, posteriormente na ligação entre os dois conceitos do direito administrativo – serviço público e ato administrativo – expressa em diversas decisões¹⁹⁵. Resumidamente, defendeu que as decisões unilaterais de um organismo privado que presta serviço público são atos administrativos e que qualquer agente que participa de funcionamento de um serviço público encontra-se numa situação de sujeição ao direito público, praticando, portanto, atos administrativos¹⁹⁶.

Ainda que a noção de serviço público tenha voltado a representar uma noção chave no direito administrativo francês, sendo revalorizado, ele não mais o protagonizou exclusivamente. Embora a noção de serviço público tenha readquirido importância na análise de caso concreto, dividiu a atenção com outros consagrados conceitos, dentre os quais o de *puissance publique*¹⁹⁷. A propósito desse “papel compartilhado” que tem a noção de serviço público para o direito administrativo francês, LAUBADÈRE se questionou sobre a existência de um critério outro que seja, considerado isoladamente, suficiente para dar as respostas que se pretendiam colher com a adoção do critério de serviço público. O autor acreditava, ainda, que o serviço

¹⁹⁴ Diz LAUBADÈRE: “Cronologicamente, é sem dúvida com a definição de ato administrativo que a reconquista se iniciou.” (Ibid., p. 220).

¹⁹⁵ LAUBADÈRE cita as principais decisões que declaram a existência de uma relação entre serviço público e ato administrativo. São elas: L’arrêt Monpeurt (31/07/1942), L’arrêt Magnier (CE 13/01/1961), L’arrêt Lauthier (CE 20/03/1959) e do Tribunal de Conflitos, a decisão Delle Santelli et Bruneaux (23/11/1959). Confira-se: Ibid., p. 220-221.

¹⁹⁶ Ibid., p. 220.

¹⁹⁷ Ibid., p. 221 et seq.

público tornou-se o mais importante “carrefour”¹⁹⁸ onde se encontram e se cruzam os conjuntos de conceitos que formam a trama do direito administrativo francês¹⁹⁹.

Reforçam a idéia de que o direito administrativo francês não se apóia num só conceito alguma considerações de RIVERO, num artigo denominado “*Existe-t-il un critère du droit administratif?*”²⁰⁰. Para RIVERO, um critério “monista” para o direito administrativo não tem condições de revelar toda a sua extensão. Segundo ele, apenas através de um estudo comparado entre o direito público e o direito privado poder-se-ão conhecer os pontos de divergência das duas disciplinas e encontrar o plano prático da aplicação das regras derogatórias do direito comum²⁰¹.

2.9 ASPECTOS CONSOLIDADOS DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: CRITÉRIO ORGÂNICO, CRITÉRIO FUNCIONAL E CRITÉRIO DO REGIME JURÍDICO

A doutrina francesa faz, comumente, alusão a três acepções do conceito de serviço público. A primeira concerne o seu aspecto orgânico, a segunda diz respeito ao aspecto material do serviço público e, finalmente, a terceira reporta-se ao estatuto jurídico especial. Para MESCHERIAKOFF, essas acepções largamente difundidas na doutrina moderna de serviços públicos, teriam tido origem no legado do período

¹⁹⁸ A expressão é mantida em francês por razões evidentes. Poderia ser traduzida por “rótula”, talvez, mas perderia com isso sua força. Trata-se de uma imagem visual destinada a identificar uma solução de compatibilização de interesses distintos.

¹⁹⁹ LAUBADÈRE, *Revalorisations recentes* ..., p. 228.

²⁰⁰ RIVERO, *Existe-t-il un* ..., p. 279-296.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 294.

revolucionário²⁰², que caracterizava o serviço público pelos seguintes elementos: emanção da *puissance publique* (autoridade do Estado), prestações destinadas ao povo; sujeição ao direito público. Veja-se a seguir como esses elementos se transformaram nas três relevantes acepções de serviço público.

2.9.1 O Critério Orgânico

Atualmente, refere-se à concepção orgânica ou institucional de serviço público para designá-lo como o conjunto de agentes, ou a estrutura administrativa, como o Estado, os departamentos, as comunas e estabelecimentos públicos. Francis-Paul BENOIT identificou o período que vai do ano VIII até 1940, como a fase em que a organização administrativa gozava de grande estabilidade, a ponto de ser possível a identidade entre os organismos e as atividades²⁰³. Ou seja, era serviço público a atividade emanada de um organismo público. Havia uma indissociável correspondência entre as prestações materiais oriundas das instituições públicas. Conseqüentemente, assinala BENOIT, o regime jurídico do serviço público confundia-se com o do próprio órgão, ou instituição²⁰⁴. MORAND-DEVILLER assinala que a coincidência envolvia além da conjugação de um organismo público e de um regime jurídico público, por conta do caráter de interesse geral da atividade. Como já havia observado BENOIT, o critério orgânico não resistiu às transformações que revelavam

²⁰² MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 23.

²⁰³ BENOIT, *op. cit.*, p. 778.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 778-779.

ser cada vez mais indiferente se um serviço público era confiado a uma instituição pública ou privada²⁰⁵.

Embora, como critério, a acepção orgânica tenha perdido sua unidade e revelado sua insuficiência diante da confirmação de gestão privada de serviço público, é possível, ainda hoje, utilizar-se dessa acepção para compreender um âmbito específico dos serviços públicos. A esfera da atuação administrativa que se explica pelo critério orgânico cobre uma pluralidade de estruturas que servem para materializar o serviço público.

PONTIER assevera que, na estrutura organizacional do serviço público, encontram-se estruturas dotadas de personalidade jurídica e outras que apenas personalizam a figura do Estado²⁰⁶. Por esse motivo, não acredita ser adequado descartar esse critério e declarar sua inutilidade. Ainda é possível recorrer a ele para se compreender uma parcela da atividade administrativa. FAVOREAU, por exemplo, alude aos serviços públicos constitucionais como sendo aqueles geridos necessariamente por organismos públicos²⁰⁷. Há de se reconhecer, nesse caso, que ele se vale do critério orgânico de serviço público.

²⁰⁵ Jacqueline MORAND-DEVILLER elenca alguns julgados importantes que confirmam a tese da fragilidade do critério orgânico, dentre eles “Caisse Primaire Aide et Protection” (1938), “Monpeurt” (1942), “Bouguen” (1943), “Magnier” (1961). Consulte-se: MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 470. Para conhecer os julgados em detalhes, consulte-se: DELVOLLÉ, **Les grands arrêts ...**, 12. ed.

²⁰⁶ PONTIER, Jean-Marie. **Les services publics**. Paris: Hachette, 1996. (Les fondamentaux). p. 13 et seq.

²⁰⁷ FAVOREU, Louis. Service public et constitution. **AJDA**, Paris, número especial, p. 19, jun. 1997.

2.9.2 O Critério Funcional

Alude-se à concepção material ou funcional para designar serviço público como sinônimo de uma atividade revestida de interesse coletivo. Toda atividade ou prestação assumida ou regulada pela Administração seria serviço público e, conseqüentemente, estaria sujeita a um regime jurídico de direito público. Essa concepção tem origem na doutrina de serviço público desenvolvida por DUGUIT, segundo a qual toda a “atividade cuja realização deve ser assegurada, regrada e controlada pelos governantes, por que tem uma tal natureza que só pela intervenção da força governante pode ser realizada”²⁰⁸. Desde a contribuição de DUGUIT até o final da segunda guerra mundial, a doutrina oscilou entre as acepções orgânica e funcional, com a preponderância desta última, ao final.

LAUBADÈRE adotou o critério material, entendendo que o serviço público é “toda atividade de uma coletividade que vise à satisfazer uma necessidade de interesse público”²⁰⁹. Essa definição de serviço público permite, segundo CORAIL, “expressar a finalidade do Estado, determinar o domínio da intervenção pública e pode legitimar o direito específico e a competência jurisdicional que são próprias ao regime administrativo”²¹⁰. A eleição do critério funcional parece responder a três grandes questões recorrentes no direito administrativo francês: justificar a ação estatal, limitar

²⁰⁸ DUGUIT, Leon. **Traité du droit constitutionnel**. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. t. 2, p. 61.

²⁰⁹ LAUBADÈRE, **Traité de ...**, p. 34. Segundo Jean-Louis de CORAIL, essa definição de LAUBADÈRE foi dada em 1953 e nunca mais foi alterada, sendo que se tornou a noção de serviço público que, com algumas nuances, é a adotada pela grande maioria da doutrina atual. Confira-se: CORAIL, Jean-Louis. L’approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites. **AJDA**, Paris, número especial, p. 20, jun. 1997.

²¹⁰ Id.

a intervenção do Estado na economia e, ainda, direcionar a competência para a jurisdição administrativa.

Pelo caráter teleológico dessa acepção, Jacqueline MORAND-DEVILLER prefere chamar o critério funcional de critério finalista atribuindo-lhe, como fator de reconhecimento, a existência de uma missão de interesse geral²¹¹. Para essa autora, o serviço público é uma atividade de interesse geral, destinada a atender uma necessidade dos usuários. Segundo ela, caberia ao legislador verificar a compatibilidade da eleição de uma prestação a serviço público com a exigência de interesse geral²¹².

BENOIT observou com uma certa nota de reprovação que, a partir de 1940, processou-se a dissociação dos organismos administrativos da atividade de serviço público²¹³. Isso queria dizer que, para se reconhecer um serviço público, não mais importava se a atividade era ou não exercida por alguma organização derivada da Administração. Seria serviço público aquilo que o legislador optasse por qualificar como tal ou que coubesse ao juiz reconhecer, independentemente da origem pública da sua organização e desempenho.

Outra relevante consideração feita por BENOIT, diz respeito à possibilidade de ocorrer um processo de assimilação pela estrutura administrativa de uma atividade

²¹¹ É interessante ressaltar que a opção da autora em identificar os três critérios extraídos da noção de serviço público como: critério finalista (missão de interesse geral), critério orgânico (pessoa pública ou privada) e critério material (regime de direito público em maior ou menor grau) escapa à tradicional classificação da doutrina como se escolheu expor nesse capítulo. Para conhecer detalhadamente a classificação de Jacqueline MORAND-DEVILLER, consulte-se: MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 468 et seq.

²¹² Ibid., p. 468.

²¹³ BENOIT, op. cit., p. 779.

não desempenhada por ela. Esse fenômeno de “captura” de uma atividade para o âmbito de serviço público ocorreria em virtude de uma declaração legislativa de que uma atividade passaria a ser serviço público. Ou seja, a concepção funcional, serviria, em última análise, para ampliar a estrutura administrativa²¹⁴. Ele também chamou a atenção para a contribuição que essa nova concepção trazia para o crescimento do domínio da aplicação das regras de *puissance publique*²¹⁵.

Ainda sobre a concepção material, há de se chamar à atenção a dificuldade de se identificar o serviço público unicamente pela natureza da prestação. MESCHERIAKOFF adverte que uma prestação de serviço público pode ser identificada de várias maneiras. Dentre elas, destaca três: a natureza da necessidade a que o serviço responde, o conteúdo da prestação e a técnica da prestação²¹⁶. Porém, segundo este autor, toda tentativa de identificação do serviço público pela prestação deve levar em conta a multiplicidade de significados que em si mesma encerra a atividade.

É interessante consignar aqui a proposta teórica de René CHAPUS. Este autor adverte que embora tenha sido professada por alguns autores a impossibilidade de se chegar a uma noção funcional de serviço público, ele sustenta ser “perfeitamente possível”²¹⁷ definir serviço público por esse critério. O ponto de partida do conceito

²¹⁴ BENOIT constatou que isso teria ocorrido, por exemplo, no caso da Seguridade Social e no caso dos órgãos reguladores de profissões. Para aprofundar-se, leia-se: BENOIT, op. cit., p. 779-783.

²¹⁵ Ibid., p. 780.

²¹⁶ MESCHERIAKOFF, *Droits des ...*, p. 76-81.

²¹⁷ CHAPUS, *Droit administratif ...*, p. 553. Nessa obra revela-se um pensamento bastante peculiar sobre a concepção funcional de serviço público que adota premissas contrastantes com a doutrina de outros autores citados nesse trabalho. Por exemplo, CHAPUS cria uma subdivisão para as atividades prestacionais garantidas ou assumidas pelas pessoas públicas que chama, na língua original,

proposto por CHAPUS é a seguinte definição de serviço público: “uma atividade constitui um serviço público quando ela é garantida ou assumida por uma pessoa pública em face de um interesse público”²¹⁸. Extrai-se que, para CHAPUS, não é possível prescindir do elemento orgânico para definir serviço público. Sempre deve ser possível se conhecer um liame, seja ele direto ou indireto, entre a atividade e a pessoa pública. As dúvidas acerca da qualificação de uma atividade como serviço público podem sempre, segundo CHAPUS, ser colocadas à prova pela existência de um terceiro elemento: a finalidade de interesse público. Afigura-se que para CHAPUS a definição de serviço público tem um caráter instrumental, servindo como “roteiro” para se analisar num caso concreto se uma atividade tem esse caráter.

Enfim, o critério funcional parece ganhar prestígio no direito comunitário, como modo de se invocar o serviço de interesse econômico geral, segundo interpretação que se tem extraído do artigo 86, § 2º do Tratado da Comunidade. Como será visto mais ao final desse trabalho, a existência de um serviço de interesse econômico geral poderá, em situações específicas, afastar as regras gerais de concorrência²¹⁹.

de *activités de plus grand service e les activités de plus grand profit*. Não se fará uma abordagem dessas categorias pois não as consideramos relevante para o trato do tema dessa dissertação. Para aprofundar-se, consulte-se: CHAPUS, **Droit administratif** ..., p. 553 et seq.

²¹⁸ Ibid., p. 553.

²¹⁹ O tema será tratado, adiante, no capítulo referente ao artigo 86 §2º do Tratado que institui a Comunidade.

2.9.3 O Critério do Regime Jurídico

Há, ao que parece, um estreito liame entre a concepção funcional e a concepção de regime jurídico, também largamente aceita como um terceiro componente da noção de serviço público. BENOIT encontrou na formula ditada por CHENOT a nova concepção de serviço público: “O serviço público não é mais uma instituição, é um regime”²²⁰. Ou seja, identificar serviço público é submeter um conjunto de atividades ao regime jurídico de direito público. Segundo este jurista, o regime de serviço público foi sendo estendido cada vez mais, a ponto de fazer eclodir a “crise do serviço público” de que tanto se fala na doutrina.

O regime jurídico vinculado ao critério material tem seus fundamentos na doutrina desenvolvida por Gaston Jèze. Conforme observou Charles EISENMANN, apenas seria serviço público para Jèze a prestação que fosse desempenhada por agentes administrativos ou por alguém em nome da Administração, por via de delegação ou sob seu controle, mas que estivesse também sob império de um regime jurídico especial²²¹. Por conseguinte, as atividades da Administração ou de seus agentes desempenhadas de modo similar ao que fazem os particulares não seriam serviços públicos para o mestre de Bordeaux²²².

²²⁰ BENOIT, op. cit., p. 780. Também fazem referência à formulação de CHENOT os autores RIVERO; WALINE, op. cit., p. 430.

²²¹ EISENMANN, op. cit., p. 29 et seq.

²²² Essa opinião de Jèze em relação aos serviços públicos restringia sobremaneira o campo dessas atividades, o que levou EISENMANN a sugerir uma classificação tripartida: 1. atividades unicamente “sob direito público”; 2. atividades unicamente “ sob o direito privado”; 3. atividades de regime composto (público e privado). Ibid., p. 43 et seq.

Por critério material propriamente dito, MORAND-DEVILLER entende o regime jurídico aplicável²²³. Ou seja, qualquer que seja a atividade erigida a serviço público, haverá, em maior ou menor medida, a sujeição dela ao regime jurídico exorbitante em decorrência do revestimento de interesse geral que lhe foi reconhecida. Assim se verifica nos serviços públicos administrativos e nos serviços públicos de caráter industrial ou comercial. Naqueles a incidência do regime jurídico de direito público é total, enquanto que para os “SPICs” há uma aplicação restrita do regime derogatório do direito comum.

Ainda sobre o serviço público como regime jurídico, a questão reveste-se de uma dificuldade conceitual que se insere num contexto mais amplo: a distinção entre atividade pública e privada. Para MESCHERIAKOFF, o problema de se atribuir um regime jurídico especial, ou não, pode ser resolvido pela identificação do fim a que se presta a atividade. Em suma, para o autor, é serviço público e beneficia-se de um regime jurídico especial toda atividade que se preste a um uso coletivo ou individual, não *intuitu personae*, que satisfaça uma necessidade de uso público²²⁴. O uso público (*usage public*) como elemento fundamental da qualificação de serviço público, consoante MESCHERIAKOFF²²⁵, poderá permitir delinear a noção de **direito** dos serviços públicos.

²²³ MORAND-DEVILLER, op. cit., p. 471.

²²⁴ MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 90.

²²⁵ *Ibid.*, p. 91.

2.9.4 Avaliação Crítica da Doutrina

Jacques CHEVALLIER concebe o conceito de serviço público francês como um “amálgama” caracterizado pelos aspectos funcional, material e orgânico, que são indissociáveis e “se aderem um ao outro”²²⁶. Como assevera o próprio autor: “O serviço público, é de fato, primeiro uma *função* [grifo do autor] a realizar, depois uma *missão* [grifo do autor] a garantir, mas também uma *atividade* [grifo do autor] concreta que tem origem no *órgão* que se encarrega dela”²²⁷.

Jean PETOT²²⁸ não parece convencido de que os três principais critérios extraídos na noção de serviço público tenham sido integralmente aceitos pela jurisprudência. Grande parte das teorias científicas surgidas na época foi influenciada pela corrente positivista e portanto revelaram-se impositivas e fechadas. Dentre essas teorias, incluem-se as formuladas a propósito do serviço público. PETOT afirma que a jurisprudência jamais ratificou, por exemplo, a doutrina da escola de serviço público, preferindo uma postura mais amena para associar a finalidade de serviço público com o regime jurídico especial²²⁹.

É interessante a colocação deste autor, pois chama a atenção sobre duas condutas diversas sobre a temática aqui versada. Por um lado, a doutrina empenhada em teorizar acerca de uma noção de grande relevância para o direito administrativo francês, mas que, por suas características intrínsecas, não se permitia petrificar num conceito único. Por

²²⁶ CHEVALLIER, *Le service ...*, p. 45.

²²⁷ Id.

²²⁸ PETOT, Jean. Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français. *RDP*, Paris, v. 81, n. 3, p. 374, 1965.

²²⁹ Id.

outro lado, a jurisprudência tomava um rumo orientado pelas circunstâncias sociais, históricas e políticas, criando abordagens inovadoras, inclusive, sobre o tema de serviço público. Por isso, afirma PETOT, o Conselho de Estado produzia, habitualmente, o rompimento do liame entre as três principais acepções do serviço público²³⁰.

2.10 SERVIÇO PÚBLICO E CONSTITUIÇÃO

Embora se diga que o direito administrativo se desenvolveu sobre a base da noção de serviço público, o tema não encontrou maior destaque no âmbito do direito constitucional francês²³¹. Segundo VEDEL e DEVOLVÉ²³², existiria um hiato incompreensível entre esses dois ramos do direito.

Antes da Constituição de 1958, não havia dúvida de que a criação e a extinção de um serviço público eram feitas por lei ordinária. Eram monopólio do legislador. Bem se vê aí uma influência do pensamento de Jèze, segundo o qual a criação de um serviço público era prerrogativa do legislador, eis que implicaria na restrição de liberdade no âmbito da atividade privada²³³.

Parece estar correta a colocação de MODERNE, ao explicar que, embora a alínea 9 do Preâmbulo da Constituição de 1958 se refira a serviço público, não lhe dá configuração jurídica particular²³⁴. Ademais, conforme lembra VOISSET²³⁵, esse

²³⁰ PETOT, op. cit., p. 374.

²³¹ Justifica-se essa afirmativa o fato de que a noção de serviço público foi não formalmente inserida na Constituição francesa, embora seja tida como noção base do Estado francês.

²³² VEDEL; DEVOLVÉ, *Droit* ..., t. 2, p. 727 et seq.

²³³ MOREAU, op. cit., p. 317.

²³⁴ MODERNE, *Les mutations* ..., p. 10.

²³⁵ VOISSET, Michele. Le service public en France. In: EUROPE, concurrence et service public. Paris: Masson/Armand Colin, 1995. p. 121.

dispositivo reconhecia apenas indiretamente a existência de uma categoria de serviços públicos: os serviços públicos nacionais e não os locais.

A partir de 1958, a reforma constitucional impôs uma restrição aos poderes do Parlamento no tocante à matéria de criação ou supressão de serviço público. Daí CHEVALLIER extrai a conclusão de que o Conselho Constitucional teria se fundado no preâmbulo da Constituição de 1946 para encontrar uma categoria de serviços cuja existência não poderia ser questionada pelo Parlamento²³⁶. Esses serviços incluiriam o setor de saúde, de educação pública, a formação profissional, os quais podem existir mesmo que haja atuação dos particulares no setor, porém não podem ser entregues totalmente à iniciativa privada²³⁷.

MODERNE destaca que o tema tomou nova dimensão constitucional com o desenvolvimento do controle de constitucionalidade das leis²³⁸ e exatamente numa de suas decisões envolvendo privatizações²³⁹ de empresas públicas. A decisão do Conselho Constitucional de 25 e 26 de junho de 1986 tornou-se um marco importante para o esclarecimento dos limites legislativos para a criação dos serviços públicos nacionais e constitucionais e da possibilidade de privatizá-los. Por consequência de decisões como essa, explica MODERNE, os chamados serviços públicos constitucionais, aqueles exigidos pela Constituição, não poderiam mais ser privatizados por lei ordinária²⁴⁰, mas exigiriam uma modificação constitucional. Como

²³⁶ CHEVALLIER, **Le service** ..., p. 51.

²³⁷ MOREAU, op. cit., p. p. 318.

²³⁸ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 10 et seq.

²³⁹ Trata-se da decisão n. 86.207 DC de 25-26/06/1986.

²⁴⁰ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 10.

se pode ver em MODERNE, a Corte Constitucional referiu-se a esses serviços como “serviços cuja ‘necessidade decorre de regras de valor constitucional” – ou ainda serviços “cuja existência e funcionamento seriam exigidos pela Constituição”- ou ainda serviços tendo seu “fundamento nas disposições de natureza constitucional”²⁴¹.

MESCHERIAKOFF chama-os de serviços públicos implicitamente constitucionais²⁴², já que a referência a eles não é explícita, nem há soluções satisfatórias suscetíveis de eliminar dúvidas sobre eles²⁴³. Sobre isso ainda, ESPLUGAS²⁴⁴ salienta que a já citada decisão de 25-26 de junho de 1986 colocou em evidência uma ligação objetiva entre o legislador e os preceitos constitucionais quando deve decidir²⁴⁵ se uma certa atividade deve se tornar serviço público ou não.

O caso da *France Télécom*²⁴⁶, em que se questionou a constitucionalidade da transformação dessa empresa em sociedade anônima, esclareceu que essa empresa situa-se dentre os serviços públicos nacionais. Embora sob gestão privada, como aponta MODERNE, submete-se a todos os princípios “que regem o funcionamento dos serviços públicos”²⁴⁷.

²⁴¹ MODERNE, *Les mutations* ..., p. 10. Todas essas fórmulas conceituais surgiram por ocasião de julgados que marcaram o período que vai de 1986 até 1996.

²⁴² MESCHERIAKOFF, *Droits des* ..., p. 116-117.

²⁴³ FAVOREU, op. cit., p. 17.

²⁴⁴ ESPLUGAS, op. cit., p. 16. O autor ressalta, além disso, que essa decisão também evidencia uma tendência à renovar a teoria objetiva sobre o serviço público.

²⁴⁵ Respeitada a vedação imposta pelo Tratado de Amsterdã que proíbe a criação de serviços públicos para atividades que estejam sob o regime de livre concorrência.

²⁴⁶ Trata-se da transformação da France Télécom em sociedade anônima aberta ao capital privado, com 51% das ações em mãos do Estado, antes apenas um departamento governamental, decisão DC 96.380 (23/07/1996). MESCHERIAKOFF ressalta que com essa decisão estava garantida a participação majoritária do Estado no capital da empresa, somente sendo possível modificar essa participação através de lei posterior. (MESCHERIAKOFF, *Droits des* ..., p. 116).

²⁴⁷ MODERNE, *Les mutations* ..., p. 11.

Com o surgimento do “serviço público constitucional”, passou-se a fazer uma distinção entre esta categoria e a categoria de “serviço público nacional”. Pelo que se depreende especialmente a partir da já citada decisão *France Télécom*, serviço público nacional seria uma categoria mais ampla do que a constitucional, compreendendo os serviços abertos à privatização. Ou seja, mesmo com a liberalização completa do mercado das telecomunicações, esses serviços, embora não mais um monopólio estatal, guardam sua característica de serviço público.

FAVOREU assegura que podem ser considerados serviços públicos constitucionais os serviços que dizem respeito às funções da soberania, como a defesa nacional, a justiça, as relações internacionais, a polícia. O ensino público, a proteção à saúde e a seguridade social também poderiam fazer parte dos serviços constitucionais, crê este autor, mas numa classe diferente²⁴⁸. Ainda assim, não parece ser possível extrair daí um conceito definitivo para serviço público constitucional.

Uma conclusão por ora arriscada, porém possível, é a de que seriam serviços públicos constitucionais todas as atividades já conhecidas por “serviços públicos administrativos” e aqueles para os quais não se vislumbra a possibilidade de existir concorrência privada. Os demais serviços públicos, ditos nacionais abarcam aqueles que se inserem no mercado, porém guardam importante papel para o interesse coletivo. Na mesma linha conclui FAVOREAU:” ao menos em relação aos serviços correspondentes às funções de soberania: eles devem ser gerados pelos organismos

²⁴⁸ FAVOREU, op. cit., p. 17-18.

públicos e isso, os diferencia dos serviços públicos nacionais, simplesmente legislativos, que podem ser gerados por pessoas de direito privado”²⁴⁹.

2.11 OS SERVIÇOS PÚBLICOS HOJE: AS REFORMAS E AS REGRAS DO DIREITO COMUNITÁRIO

Também a Administração francesa foi atingida pela onda da modernização da Administração. Como se deu em diversos países europeus, a sociedade passou a exigir do Estado mais eficiência na gestão pública, maior modernização nos setores de alta tecnologia, como, por exemplo, o das telecomunicações. No plano econômico, fazia-se pressão no sentido da necessidade de aderir ao movimento mundial de liberalização da economia, que, por sua vez, orientava a matéria no âmbito comunitário. Somou-se a isso, ainda, a transformação do papel e dos meios de intervenção do Estado na economia²⁵⁰.

Pierre BAUBY observou que “os anos 70 e 80 foram marcados por um questionamento generalizado do Estado, das grandes organizações, da uniformização, da centralização, dos monopólios, da crença na ciência, na tecnologia e no progresso, da onipotência da racionalidade econômica”²⁵¹. Note-se que essas considerações poderiam ser feitas a propósito de, praticamente, qualquer Estado moderno. As palavras de Pierre BAUBY refletem, nada mais que o fenômeno tão referido da globalização, difundido nessas décadas. Como não poderia deixar de ser, e pressionada

²⁴⁹ FAVOREU, op. cit., p. 19.

²⁵⁰ VOISSET, *Le service public en France ...*, p. 120.

²⁵¹ BAUBY, Pierre. *Le service public*. Paris: Flammarion, 1997. p. 59.

por medidas comunitárias para a criação de um mercado concorrencial, a Administração francesa deu início aos seus programas de reforma do Estado.

Em virtude disso, pode-se fazer uma distinção a dois períodos em que ocorreram mudanças na esfera administrativa francesa. O primeiro é exatamente da fase apontada por Pierre BAUBY, entre os anos 70 e 80. Segundo Renaud DENOIX DE SAINT MARC, essa fase caracterizou-se por uma reforma tímida, envolvendo algum grau de adaptação às regras comunitárias sem modificações importantes no modo de organização dos serviços públicos²⁵². Uma justificativa²⁵³ para esse retardo nas reformas no setor estaria relacionada à alta performance das empresas francesas de serviços públicos industriais e comerciais. Esse não parecia ser o caso nos demais países²⁵⁴ da Comunidade, onde as reformas se processaram com mais vigor nesse período. Outra explicação foi a vitória dos partidos de esquerda, que se mantiveram no poder até 1982. Essa é uma questão extremamente problemática de explicar em virtude das suas implicações políticas.

Uma segunda fase teve início no final dos anos 80, quando os correios e as telecomunicações sofreram mudanças no seu modo de organização, passando a ser somente regulamentados e tutelados pelo Estado, não mais executados por ele²⁵⁵. Essa

²⁵² DENOIX DE SAINT MARC, Renaud. **Le service public, rapport au premier ministre**. Paris: La documentation Française, 1996. p. 37 et seq.

²⁵³ Ibid., p. 37.

²⁵⁴ Segundo ilustra Jean-Marie RAINAUD, a desregulamentação ocorrida nos Estados Unidos, nos anos 70, inspirou a Grã-Bretanha e a Alemanha a dar início as suas próprias reformas. (RAINAUD, op. cit., p. 83 et seq.).

²⁵⁵ DENOIX DE SAINT MARC, op. cit., p. 39.

etapa de transformações foi orientada por uma série de diretivas comunitárias²⁵⁶ acerca da concorrência e dos serviços públicos²⁵⁷. Surgiu novamente a referência à crise dos serviços públicos. Dessa vez, no entanto, adverte CHEVALLIER, não se trata de uma crise interna à sua doutrina jurídica, mas de uma crise provocada pelo abalo do liame, já bem fortalecido, entre o modelo de Estado Providência e a idéia de serviço público²⁵⁸.

2.11.1 As Reformas

Possivelmente todos os países europeus desenvolveram nos anos pós-guerras uma gama consideravelmente grande de prestações do Estado em setores antes reservados à atividade privada. No entanto, ao final da década de 60 havia evidentes sinais de desgaste da máquina estatal no setor produtivo de bens. A França não ignorou por completo essa corrosão de alguns setores do serviço público, pois, como se vê, inclusive, dos termos do *Rapport Nora*²⁵⁹.

O *Rapport Nora* data de 1967 e “preconizava a clareza das relações entre a tutela e as empresas públicas, a admissibilidade de contratos com o Estado e a regra de

²⁵⁶ Para conhecer as diretivas relativas ao setor, consulte-se: KOVAR, Robert. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire**: les grands textes, travaux de la CEDECE. Paris: La documentation française, 1996.

²⁵⁷ Para que seja esclarecida uma questão terminológica desde já, deve-se lembrar que os tratados da Comunidade Européia não usam a expressão “serviço público”. Para o direito comunitário, foi consagrado o termo “serviço de interesse econômico geral”. Embora haja controvérsia sobre essas noções, sugere-se que se adote a premissa de que “serviço de interesse econômico geral” pode ser identificado, na experiência francesa, com o que se indica por “serviço público industrial ou comercial”, ou ainda, pela expressão mais recente “serviços públicos em rede”.

²⁵⁸ CHEVALLIER, **La place du ...**, p. 28.

²⁵⁹ RAINAUD, op. cit., p. 86. Segundo esse autor, o *Rapport Nora* teria proposto uma orientação no sentido de se realizar um processo de “unbundling” (separação vertical da infra-estrutura e dos modos de exploração) separando as atividades de solidariedade das atividades rentáveis.

equilíbrio financeiro como objetivo e critério de gestão dessas empresas”²⁶⁰. Entretanto, esse famoso documento não causou mudanças significativas na organização dos serviços públicos e um plano mais consistente de reformas na esfera dos serviços públicos só ressurgiu no início dos anos 80.

Segundo Franck MODERNE, as mais importantes políticas públicas de reforma são: a “renovação do serviço público”, iniciada pelo governo de M. Rocard, e a “reforma de Estado e de serviços públicos” do governo A. Juppé²⁶¹. Ao que parece e sob influência das reformas britânicas, a busca pela eficiência na Administração Pública tornou-se um objetivo fundamental também na França.

A política de “renovação do serviço público” tinha por objetivo, como aponta MODERNE: “melhorar o funcionamento dos serviços públicos como um todo, renovar as relações de trabalho com os funcionários públicos, desenvolver responsabilidades e autonomias por via de um processo de desconcentração, e, finalmente, melhorar o serviço prestado aos usuários”²⁶². Essa política culminou com a edição da “Carta dos Serviços Públicos”, em 18 de março de 1992, acompanhando uma tendência que surgiu no direito inglês²⁶³.

Por sua vez, a “reforma de Estado e de seus serviços públicos” teve por objetivo atingir a estrutura do aparelho político-administrativo em si, mais do que os

²⁶⁰ BUREAU, Dominique. Les recommandations du rapport nora trente ans après. In: CONSEIL D’ANALYSE ECONOMIQUE. **Service public**: secteur public. Paris: La documentation française, 1997. p. 79.

²⁶¹ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 17.

²⁶² Ibid., p. 16 et seq.

²⁶³ Ver-se-á mais adiante que a Inglaterra foi o primeiro país a iniciar uma reforma no setor público, e também editou uma carta de direitos dos usuários chamada ‘The Citizen’s Charter’.

serviços públicos prestados pelo Estado²⁶⁴, sendo que o Estado seria o iniciador e o guia da reforma.

Essa política de renovação administrativa tem também como centro de sua proposta renovar as relações entre Administração e cidadãos para que esses deixem de se considerar “administrados” e se tornem usuários ativos dos serviços públicos. MODERNE afirma que “a reforma de Estado se reveste de uma dimensão cívica...”²⁶⁵. Pode-se verificar que, também na França²⁶⁶, a preocupação de dar um novo papel ao cidadão tornou-se imperativo para transformar a própria imagem de Estado, tido como paternal, com funções de suprir todas as necessidades dos administrados. DEGREMONT conclui que “não se trata de uma simples reforma administrativa; trata-se de reestruturar o modelo francês de Administração pública, de fazer corresponder as técnicas de gestão à definição das missões (do Estado)”²⁶⁷.

De todo modo, no que diz respeito aos serviços públicos esse último plano de reforma não chegou a tratar especificamente de uma classificação de serviços públicos industriais e comerciais, alvo do regime imposto pelos princípios do direito comunitário. Segundo MODERNE, essas reformas tiveram por objetivo reestruturar os chamados serviços públicos administrativos clássicos²⁶⁸, que não implicam incursões

²⁶⁴ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 18.

²⁶⁵ Ibid., p. 19.

²⁶⁶ Nos próximos capítulos ter-se-á a oportunidade de ver que países como a Inglaterra e a Itália também implantaram reformas que resultaram na reestruturação da relação Estado-cidadão.

²⁶⁷ DEGREMONT, Alain. La modernisation des services publics en France enjeu économiques et sociaux. In: VINCENT, Gilbert (Org.). **Services publics: solidarité et citoyenneté**. Paris: L'Harmattan, 1998. p. 73.

²⁶⁸ MODERNE, **Les mutations** ..., p. 19.

no setor econômico. O campo dos serviços públicos econômicos parecem ter sido deixado para serem organizados e reformados segundo as diretivas comunitárias.

Como modo de dar um novo revestimento aos serviços públicos, em 1992, foi adotada pelo governo a Carta dos serviços públicos com a finalidade de reafirmar os princípios fundamentais desses serviços, bem como ditar os princípios de ação dos serviços públicos²⁶⁹. A Carta acrescentou aos princípios conhecidos por “*Lois de Rolland*” (continuidade, igualdade e adaptação, ou mutabilidade do serviço público), acima referidos, uma nova gama de princípios: a transparência, a responsabilidade, a simplicidade e acessibilidade, a participação dos usuários e a confiança.

De tudo o que foi exposto sobre o serviço público na França, pode-se desenhar o seguinte quadro atual em relação a eles. Primeiramente, distinguem-se os denominados serviços públicos administrativos (SPA) geridos em sistema de “*régie*”²⁷⁰ ou por pessoas jurídicas de direito público as quais se sujeitam, obviamente, ao direito

²⁶⁹ OBERDORFF, Henri. Signification de la notion de “service public à la française”. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communnauté: entre l’itérêt general et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 2, p. 93.

²⁷⁰ Devido à organização unitária do Estado Francês, em que não se encontram entes federativos dotados de uma certa autonomia, as “*régies*” não encontram similar no modelo brasileiro. Costuma-se definir “*régie*” como modo de gestão de um serviço público assegurado diretamente por um ente local (“*collectivité public*”) ou confiada a uma empresa remunerada diretamente pela “*collectivité*” – a “*régie intéressé*”. (Assim a define: BAUBY, **Le service ...**, p. 120.) Então tem-se que, se o serviço for prestado diretamente pela “*collectivité*”, inclusive com dotação orçamentária para sustentá-lo, bem como por seus funcionários, está-se diante de uma “*régie directe*” ou “*régie simple*”. Essa é a modalidade de gestão adotada para a prestação da grande maioria de serviços públicos administrativos (SPAs) do Estado ou dos governos locais (“*collectivités*”), além de alguns serviços públicos industriais e comerciais locais. A “*régie indirecte*” tem uma certa autonomia administrativa e orçamentária, sem ser uma nova pessoa de direito público. Já a “*régie intéressée*” que se assemelha a um modo de *delegação* contratual de serviço público, ou uma forma de concessão limitada em que, uma pessoa privada é responsável pela gestão do serviço, mas a “*collectivité*” conserva a responsabilidade geral do serviço, além de remunerar diretamente o seu gestor. (Consulte-se: VAN LANG, Agathe. GONDOUIN, Geneviève. INSERGUET-BRISSET, Veronique. **Dictionnaire du droit Administratif**. 2. ed. Paris: Armand Colin/Dalloz, 1999. p. 242).

público. Depois, encontram-se bastante difundidos os serviços públicos industriais e comerciais (SPIC), acima referidos, administrados por entes autônomos, pessoas jurídicas de direito público (EPIC – *Établissements publics industriels et commerciaux*) e de direito privado (S. A. – Sociedades Anônimas). Estão organizadas sob esses modelos as empresas cujo serviço se insere nas ditas atividades de rede – energia, telecomunicações, transportes ferroviários e aéreos e televisão – todos sob regime de direito privado²⁷¹. São esses os serviços que estão sob regulamentação do direito comunitário e que sofrem maiores adaptações para a adequação aos ditames concorrenciais comunitários. São esses serviços em rede que evocam, nos demais Estados-membros, a expressão “serviço público à francesa” e, segundo LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, dizem respeito à modalidade de organização, que confiam “a execução de serviços públicos em rede a monopólios públicos, freqüentemente nacionais, e cujo corpo funcional se beneficia de um estatuto próprio”²⁷².

Como se extrai, os dispositivos do direito comunitário não afetam o serviço público em toda a sua amplitude. São alvos das prescrições comunitárias os serviços públicos organizados em rede, dentre os quais: os transportes, a energia elétrica, as telecomunicações e a distribuição de água. Segundo elucida DENOIX DE SAINT MARC²⁷³, nos dias de hoje, esses serviços invocam a expressão “serviço público à

²⁷¹ Como parte do programa de reformas do Estado, os chamados EPIC (“*Établissements publics industriels et commerciaux*”) estão sendo reorganizados em sociedades anônimas – S.A. – como já aconteceu com a France Télécom.

²⁷² LAUBADÈRE, *Traité de ...*, p. 870.

²⁷³ DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 16.

francesa”²⁷⁴. Segundo Franck MODERNE²⁷⁵, essa opção por delimitar desse modo o conteúdo da noção francesa de serviço público permite melhor ajustar o debate travado no âmbito comunitário.

2.11.2 A Pressão do Direito Comunitário²⁷⁶

Uma onda de protestos da população francesa quanto à indiferença, senão exclusão, acerca da idéia de serviço público no direito comunitário, provocou uma manifestação pública nos meses de novembro e dezembro de 1995. KOVAR lembra que o sociólogo Pierre Boudieu chegou a se inflamar com o tema, alegando que o conflito em torno da idéia de serviço público no direito europeu era uma luta “contra a destruição de uma civilização, associada ao serviço público”²⁷⁷. Bradava-se que o direito comunitário implicaria a morte do serviço público e do direito administrativo²⁷⁸.

O pessimismo em torno da situação dos serviços públicos na França conduziu alguns juristas, dentre os quais René CHAPUS, a afirmar que a invasão de

²⁷⁴ Não parece haver um entendimento único, também, sobre o que se designa por “serviço público à francesa”. Encontra-se na doutrina algumas variantes. Para B. Stirn, a noção surgiria de uma herança histórica e revelar-se-ia ancorada no consenso social (Assim extrai-se de: PONTIER, op. cit., p. 34 e de MODERNE, *Les mutations ...*, p. 7, nota de rodapé n. 32). Ao que parece, portanto, a vinculação da noção à cultura francesa manifesta-se com frequência no discurso político e jurídico dos franceses.

²⁷⁵ MODERNE, *Les mutations ...*, p. 8.

²⁷⁶ O tema receberá uma segunda abordagem quando se tratar do serviço público dentro do direito comunitário. Tenta-se nesse tópico, dar ênfase ao posicionamento dos franceses em relação às imposições do direito comunitário. Enquanto que adiante, no trato do direito comunitário procurar-se-á dar uma abordagem mais concentrada sobre a disciplina supra-nacional.

²⁷⁷ KOVAR, Robert. *Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée*. *RTD eur*, Paris, v. 2, n. 32, p. 219, abr./jun. 1996.

²⁷⁸ RAINAUD, op. cit., p. 68.

regulamentações comunitárias no direito interno ameaçava reduzir o serviço público ao conjunto de atividades relativas às funções públicas (justiça, a polícia, a defesa, a diplomacia, os impostos)²⁷⁹. O foco das divergências da concepção francesa de serviço público em relação às políticas comunitárias toca exatamente esse ponto: os serviços públicos franceses incluem atividades tipicamente econômicas, que tendem a gerar lucro. É sobre essas atividades que o direito comunitário pretende uma regulação mais severa, em especial para que seja garantido o livre jogo da concorrência. Essa linha de pensamento é confirmada pelas palavras de ESPLUGAS: “... os serviços públicos, ao menos os do setor econômico (“marchands”), colocados em posição de monopólio como é a tendência na França, foram tomados como um freio ao livre mercado, salvo pela demonstração pontual de uma eficácia superior àquela do mercado”²⁸⁰.

O sentimento generalizado de insatisfação francesa com as imposições comunitárias pode ser sintetizado pela seguinte passagem de René CHAPUS: “... é o futuro de uma certa organização social francesa que está em jogo; e nós compreendemos que a questão, que diz respeito (de modo mais concreto) aos funcionários e aos usuários dos serviços públicos (e, em seguida, à população inteira) é, antes de tudo, uma questão política”²⁸¹.

Merece destaque uma distinção essencial entre o direito francês e o direito comunitário. DENOIX DE SAINT MARC encontra na origem e na finalidade de cada

²⁷⁹ Seriam as atividades que em francês se designam pela expressão “services publics régaliens”. Consulte-se CHAPUS, *Droit administratif* ..., p. 548.

²⁸⁰ ESPLUGAS, op. cit., p. 108.

²⁸¹ CHAPUS, *Droit administratif* ..., p. 548. Este autor não deixa de destacar que a questão é também jurídica, já que a noção de serviço público tem relação direta com a identidade do direito francês.

organização (o Estado francês e a Comunidade Européia) o traço fundamental que os difere. Para o vice presidente do Conselho de Estado “em matéria de serviços públicos, o direito francês parte da *puissance public*, tida como garante da solidariedade e das liberdades fundamentais”²⁸². Já “o Tratado de Roma parte da liberdade de circulação de pessoas, de bens e de serviços sobre o mercado interno da Europa, considerada favorável à paz e à prosperidade”²⁸³. Tal diferenciação deriva, em última instância, de estar-se diante de duas estruturas tão diversas. Por um lado, tem-se um Estado e um povo com uma relação de identidade inquestionável e uma história institucional consolidada. Por outro lado, existe uma estrutura forjada com um propósito que escapa a toda e qualquer teoria já formulada sobre Estado, que tem uma história institucional recente, inacabada, e que está ainda criando laços com seu povo²⁸⁴.

A inquietude dos franceses parece ancorar-se na incerteza gerada pela adesão a um plano futuro desconhecido²⁸⁵. Se a concorrência e livre mercado forem capazes de gerar desenvolvimento acompanhado de solidariedade social, então os franceses não terão motivos para afligirem-se. Porém, se as políticas concorrenciais da Comunidade falharem em seus efeitos sociais, haverá forte reação dos franceses.

Jean-Louis DEWOST acredita que as imposições do direito comunitário sobre os serviços públicos refletem a preocupação de lhes dar uma configuração moderna, de

²⁸² DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 40.

²⁸³ *Ibid.*, p. 41.

²⁸⁴ Não se pretende aqui fazer qualquer aprofundamento sobre os fundamentos da Comunidade Européia, nem compará-la com um modelo de Estado mais definido.

²⁸⁵ Nesse sentido afirma DENOIX DE SAINT MARC: “... podemos partir da constatação de que os conceitos comunitários não estão completamente estabilizados”. (DENOIX DE SAINT MARC, *op. cit.*, p. 16).

serem oferecidos com eficácia e menor custo, com abertura para o exterior e com tecnologia inovadora²⁸⁶.

A transformação no setor de prestação de serviços públicos, por prescrição da ordem comunitária, parece ser inevitável e dela poderá ser extraída alguma vantagem. O Conselheiro de Estado Jean-Michel BELORGEY afirma, nesse sentido, que as exigências comunitárias poderão obrigar o serviço público francês a se concentrar “sobre o essencial, ou seja, sobre o que o mercado não sabe fazer”²⁸⁷. Isso significa se preocupar com os chamados bens não econômicos, envolvendo também aqueles setores relacionados às chamadas “falhas do mercado”²⁸⁸.

A celeuma em torno do tema não adquiriu tamanha projeção nos demais países da Comunidade pois a noção de serviço público não ocupava um lugar tão eminente nos respectivos sistemas jurídicos, diversamente do que ocorre na França.

A pressão do direito comunitário sobre o direito administrativo francês tem provocado algumas das mudanças de que se falou acima. Mais adiante, em capítulo dedicado exclusivamente aos efeitos dos princípios do direito comunitário sobre a noção de serviço público, ter-se-á a oportunidade de retomar o assunto.

²⁸⁶ DEWOST, Jean-Louis. Service public et droit communautaire: principes de base. In: EUROPE, concurrence et service public. Bruxelas: Masson/Armand Colin, 1995. p. 161.

²⁸⁷ BELORGEY, Jean-Michel. Service public et droit communautaire. *AJDA*, Paris, número especial, p. 35 et seq., jun. 1996.

²⁸⁸ Sobre as falhas de mercado e a justificação da intervenção do Estado na economia, consulte-se de FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato*. Torino: Giappichelli, 1992. p. 430 et seq.

2.12 CONCLUSÃO

Em nenhum outro ordenamento jurídico fora da França encontra-se tamanho prestígio da noção de serviço público. Igualmente, não será possível encontrar tão rica doutrina acerca de um tema que está no centro do direito administrativo moderno. A manutenção da idéia de serviço público para os franceses, significa mais do que simplesmente manter vivo um instituto jurídico. Trata-se, no fundo, de manter a identidade de um modelo organizacional de Estado. Ainda que sob pressão de adaptar-se ao modelo comunitário, parece ser possível conservar no direito interno alguns dos fundamentos do serviço público, especialmente no que diz respeito à busca por uma solidariedade social. Essa idéia pode ser confirmada pelas palavras de CHEVALLIER: “O processo em curso não significa o abandono mas a *adaptação* [grifo do autor] de uma notação que parece bem inerente à concepção francesa de Estado”²⁸⁹

A França obteve sucesso na empreitada de fazer o tema adquirir relevância para o direito comunitário e conseguiu, como se verá adiante, consagrar um dispositivo importante na persecução dos fins sociais ligados à noção de serviço público. Afinal (e ao menos para os franceses), a batalha parece estar sendo vencida pela França.

²⁸⁹ CHEVALLIER, *La place du ...*, p. 35.

3 O SERVIÇO PÚBLICO NA ITÁLIA

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como visto, na França, o conceito de serviço público nasceu a partir da jurisprudência e destinou-se servir de critério de atribuição de competência ao juiz administrativo. Isso colaborou para que o debate sobre a noção ocupasse uma posição central na doutrina do direito administrativo francês por pelo menos meio século. Já na Itália, a noção de serviço público teve uma relevância menor e, conseqüentemente, não produziu um acervo doutrinário comparado ao do direito francês.

A questão de atribuição de competência à jurisdição administrativa não teve correspondente relevância no direito italiano. Isso se deu em virtude da conturbada história do contencioso administrativo²⁹⁰ italiano, que foi abolido pela lei 2248 de 20.03.1865, chamada lei de unificação administrativa. Como conseqüência dessa supressão, remeteram-se à jurisdição ordinária todas as controvérsias concernentes à Administração Pública. No entanto, não tardou um movimento “pela justiça na Administração” que reivindicou a tutela do Conselho de Estado para questões atinentes à Administração Pública. Foi assim que, pela lei 5992, de 31 de março de 1889, instituiu-se a IV Sessão do Conselho de Estado “para a justiça administrativa”. O modelo do contencioso administrativo italiano espelhou-se, em grande parte, no modelo da justiça administrativa francesa.

²⁹⁰ Para uma síntese esclarecedora da história do contencioso administrativo italiano, veja-se: FRANCHI, Giuseppe. *Contenzioso amministrativo*. In: ENCLICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 4, p. 614-630, e para conhecer a história do Conselho de Estado Italiano, veja-se: LANDI, Guido. *Consiglio dello stato*. In: ENCLICLOPEDIA dell diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 294-305.

Assim, devido aos 25 anos de jurisdição unificada, quando da reinstalação do Conselho de Estado, já havia um consenso quanto à utilização de um critério subjetivo para afastar do juiz ordinário todas as questões em que a Administração Pública tivesse atuado no cumprimento de suas funções administrativas. Daí, poder-se afirmar que a noção de serviço público foi extraída da classificação dos atos administrativos funcionais para a individualização de um critério de repartição da jurisdição entre o juiz ordinário e o juiz administrativo²⁹¹. Essa classificação reporta-se à conhecida doutrina francesa do final do século XIX, erigida por LAFERRIÈRE, segundo a qual incumbiria à jurisdição comum questões oriundas dos atos de gestão, enquanto ao juiz administrativo incumbiria a apreciação de questões relativas aos atos de autoridade.

Pode dizer-se que a noção de serviço público no direito italiano passou por pelo menos três fases: a primeira, com a assimilação do direito francês, e predomínio da aceção subjetiva; a segunda, com a elaboração de um conceito residual e negativo a partir da idéia de função pública; finalmente, a terceira, com a vinculação da idéia de serviço público à atividade econômica.

3.2 A EVOLUÇÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA ITÁLIA

A doutrina italiana tem adotado diferentes enfoques sobre o conceito de serviço público, ao longo do tempo. Embora a dificuldade de estabelecer diferenças

²⁹¹ TULUMELLO, Giovanni. Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale. *Revista Contratto e Impresa*, Padova, v. 4, n. 1, 387, 1999.

nítidas ou radicais, é possível uma tentativa de sistematização, tal como se expõe a seguir.

3.2.1 A Noção Subjetiva

No início do século XX, optou-se na Itália pela adoção de um critério subjetivo para determinar a competência do juiz especial. Isso pareceu permitir uma limitação clara do âmbito da jurisdição ordinária em relação às questões que envolviam a Administração Pública. MERUSI explica que isso contribuiu para que se afirmasse assim um sistema rígido de separação de competências jurisdicionais entre o Conselho de Estado e os tribunais ordinários em relação aos atos administrativos de um lado, e aos atos “paritários” da Administração Pública de outro²⁹².

Difundiu-se a concepção subjetiva, para a qual o serviço público era qualquer atividade emanada da Administração, que não fosse manifestação de um ato autoritativo²⁹³ (de autoridade). Como explica GIANNINI, eram serviços públicos as atividades de instrução pública, os correios, as ferrovias, mas não as de polícia, forças armadas, diplomacia.

²⁹² MERUSI, Fabio. Servizio pubblico. In: NOVISSIMO digesto italiano. 1970. v. XVII, p. 217.

²⁹³ Vale a ressalva quanto ao vocábulo “autoritativa”. Preferiu-se utilizar essa expressão em lugar de “autoritário”, já que esta última poderia implicar numa ausência de caráter democrático, o que não é o caso. “Autoritativa” tal como está dito nos textos italianos parece representar melhor a idéia de imparcialidade ideológica. Ademais, como dito anteriormente, a expressão tem origem na classificação dos atos administrativos segundo Laffèrière: “atos de gestão” e “atos de autoridade”. Os atos autoritativos do direito administrativo italiano refletem a idéia francesa de atos de autoridade, que tenham relação com o exercício de uma função administrativa. Já os não autoritativos, seriam os atos relativos à gestão administrativa de bens ou serviços.

Essa acepção de serviço público era subjetiva pelo fato de se configurar uma assunção voluntária de uma atividade, seja de produção de serviços ou bens, pelo Estado. Essa noção de serviço público parecia herdar uma influência da doutrina francesa de serviço público do final do século XIX.

As considerações acima envolvem, em resumo, o que a doutrina subjetiva rezava, tendo em vista a concepção do serviço público como uma atividade não-autoritativa, desempenhada por um sujeito público, destinada a satisfazer um fim coletivo. No entanto, não há como discordar da opinião de Giuseppe CAIA²⁹⁴, segundo o qual essa concepção poderia ser entendida como uma visão simplista do serviço público. Efetivamente, a noção subjetiva resume a um único o critério de identificação de serviço público – o sujeito público que age direta ou indiretamente – o que o torna insuficiente para justificar, mais tarde, a atividade estatal no âmbito econômico, conforme se verá adiante.

3.2.2 A Municipalização e a Noção de Serviço Público

São relevantes para as modificações sobre a noção de serviço público os eventos político-sociais do início do século XX. Eles foram responsáveis por mudanças fundamentais no panorama do direito administrativo italiano. Nesse particular, é importante destacar a municipalização dos serviços públicos ocorrida na Itália em 1903²⁹⁵. Essa inovação do direito administrativo italiano foi decorrência de

²⁹⁴ CAIA, Giuseppe. La disciplina dei servizi pubblici. In: MAZZAROLLI, L. (Org.) et al. **Diritto amministrativo**. 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1998. p. 918.

²⁹⁵ Veja-se que esse evento não se confunde com a reforma recente, promovida quando foi editada a lei 142/90 sobre a reforma das autonomias locais.

um movimento de inspiração socialista que reclamava o alargamento das funções sócio-econômicas das comunas²⁹⁶. Ocorreu ao tempo do início dos grandes debates sobre “*service public*” na França, como lembra MERUSI²⁹⁷. Sem dar maior valor jurídico à noção, nem traçar limites quantitativos à atribuição de serviço público a uma atividade, o legislador italiano consagrou esse instituto através da referida lei de municipalização. Nesse período, concebia-se a possibilidade ilimitada de expansão da Administração, o que aproximava o modelo administrativo italiano do modelo francês do mesmo período. Entretanto, isso não significou a mesma importância teórica²⁹⁸ no trato do instituto do serviço público.

A dificuldade em definir “serviço público” levou o legislador a preferir enumerar, de forma exemplificativa não exaustiva, essas atividades no artigo 1º da lei de municipalização. Se na teoria não parecia haver limite a essa faculdade da comuna, na prática a enumeração acabou restringindo o âmbito desse tipo de prestação. O efeito acessório dessa opção legislativa foi a limitação do efeito expansivo da municipalização, aponta Giuseppe BOZZI²⁹⁹.

A municipalização dos serviços públicos significou a assunção da propriedade e a gestão de empresas prestadoras de serviços públicos por parte de um governo local (comuna) ou por um conjunto de comunas. A lei de municipalização tinha por escopo

²⁹⁶ MONTESI, Silvia. Lo stato monopolista: servizi pubblici e attività “sociale”. In: GIUSTI, Mauro (Org.). **Diritto pubblico della economia**. 2. ed. Padova: Cedam, 1997. p. 279.

²⁹⁷ MERUSI, **Servizio pubblico ...**, p. 217.

²⁹⁸ MODERNE, Franck. Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public. In: MODERNE, Franck. **L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 35.

²⁹⁹ MUNICIPALIZZAZIONE. In: BOZZI, Giuseppe. **ENCICLOPEDIA del diritto**. Milão: Giuffrè, 1977. v. 27, p. 363-386.

proteger o interesse coletivo em face de empresas cujo objetivo fosse somente a atividade empresarial de fim lucrativo em setores concebidos como de interesse coletivo. A citada municipalização representou, desse modo, uma progressiva política de intervenção pública na economia, que se intensificou com o advento das guerras mundiais.

Para se chegar ao fundamento constitucional da municipalização, BOZZI³⁰⁰ sugere que se raciocine na seguinte linha. A atividade da Administração pode ser compreendida sob dois modos: pela função administrativa³⁰¹ e pelos serviços públicos. Somente através destes últimos se verifica a ingerência social com o fim de proporcionar uma melhora nas condições materiais de vida dos cidadãos. Esse tipo de ingerência foi admitido expressamente pela Constituição de 1948, no artigo 43³⁰², que consente a assunção pelo Estado de determinadas empresas que prestam serviços públicos essenciais. Conseqüentemente, para atividades que a comuna julga envolver um grau mais elevado de interesse público basta que se assuma tal prestação para se estar diante de um serviço público “municipalizado”.

RANGONE³⁰³ esclarece, ainda, que à época da municipalização os juristas italianos não se questionavam sobre o elenco das atividades contidas na Lei de Municipalização (nº 103/1903), já que a noção subjetiva de serviço público era amplamente aceita pela doutrina e o objeto não tinha relevância para determinar a

³⁰⁰ MUNICIPALIZZAZIONE, op. cit., p. 367.

³⁰¹ A distinção característica da doutrina italiana acerca de função pública e serviço público será objeto de análise em item específico, adiante.

³⁰² O artigo será estudado adiante.

³⁰³ RANGONE, Nicoletta. **I servizi pubblici**. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 307.

competência administrativa. No entanto, sobretudo após o primeiro conflito mundial³⁰⁴, o problema de determinar quando as atividades poderiam ou deveriam ser assumidas pelo Estado não podia mais ser ignorado.

Apesar de revestida pelo escopo de atribuir maior autonomia às comunas, a municipalização encontrou um entrave importante a partir dos anos 30. A assunção de algumas atividades econômicas de relevância nacional pelo Estado transformou alguns serviços públicos locais em serviços públicos nacionais, geridos diretamente pelo Estado, por entes públicos especiais ou por concessionárias de serviço público, como se passou com a telefonia e as empresas de eletricidade nacionalizadas em 1962.

3.2.3 Evolução para uma Noção Objetiva de Serviço Público

Paralelamente ao aumento da assunção pública de atividades com caráter de atividade econômica, observou-se um movimento da atividade privada para o setor “público”. A doutrina italiana reconheceu a fragilidade da tradicional concepção subjetiva de serviço público e a dificuldade de mantê-la em face das transformações sócio-políticas que demonstraram a insuficiência da noção. Na doutrina tradicional, o esforço em conceber uma noção jurídica de serviço público resultou na valorização³⁰⁵ da idéia representada por “serviço público” e na formulação de um conceito objetivo.

Conhecido como um dos mais prestigiados administrativistas italianos do início do século XX, DE VALLES elaborou a seguinte noção jurídica de serviço

³⁰⁴ RANGONE, op. cit., p. 307, nota 51.

³⁰⁵ MODERNE, *Les transcriptions* ..., p. 35.

público: “é toda atividade imputável direta ou indiretamente ao Estado, voltada a fornecer prestações aos cidadãos considerados singularmente”³⁰⁶. Destacam-se nesse conceito tanto o aspecto orgânico quanto o funcional, na medida em que a natureza pública do sujeito transfere tal caráter à atividade. O aspecto orgânico revela-se pela titularidade da Administração Pública, ou de quem lhe fizer às vezes por via de concessão da prestação. O segundo aspecto, funcional ou material, revela uma peculiaridade da definição de serviço público do direito italiano, que o difere do direito francês: a prestação que se identifica como serviço público deve ser prestada ao cidadão *uti singuli*, não a destinatários quantitativa e qualitativamente indefinidos.

A teoria de DE VALLES serviu de ponto de partida para que ALESSI, mais tarde, elaborasse uma noção de serviço público, fundada na denominada teoria das prestações administrativas, também centrada na relação entre o titular do serviço e o usuário.

Para ALESSI³⁰⁷, a noção de serviço público pode ter uma acepção ampla, indicando a atividade da Administração Pública direta que assegura prestações de ordem jurídica e de segurança social (interna e externa) como prestações específicas de ordem jurídica e utilidades econômicas e sociais. Já em sentido restrito, serviço público “indica a atividade destinada a gerar prestações aos cidadãos, tanto de ordem jurídica quanto de ordem econômico-social”³⁰⁸. ALESSI deduz que a relação jurídica que se concretiza entre a Administração e o cidadão, individualmente considerado (*uti*

³⁰⁶ DE VALLES, Arnaldo. I servizi pubblici. In: ORLANDO, V. E. (Org.). **Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano**. Milão: [s.n.], 1930. p. 379 et seq.

³⁰⁷ ALESSI, op. cit., p. 462.

³⁰⁸ Id.

singuli), tem por objeto uma prestação administrativa destinada aos particulares (*prestazione amministrativa rese ai privati*)³⁰⁹. Esse modo de definir em sentido estrito³¹⁰ a noção de serviço público, tem a pretensão de diferenciar a sua acepção ampla³¹¹ que envolve um espectro muito maior de atividades tipicamente administrativas.

3.2.4 A Questão do Destinatário do Serviço

A doutrina italiana reconhece na concepção de DE VALLES uma ênfase no fato de que a prestação se destinaria à satisfação do interesse dos cidadãos. No tocante aos destinatários do serviço público, afirmam-se duas teorias. Uma delas defende que a atividade prestacional do Estado destina-se aos cidadãos singularmente considerados, isto é aos cidadãos considerados *uti singuli*. Pode servir de exemplo para essa teoria o serviço de iluminação elétrica residencial, cujo receptor, usuário, pode ser individualizado. Essa posição reflete o pensamento de DE VALLES³¹² e de ALESSI³¹³. Segundo este último autor, somente uma relação entre o cidadão, individualmente considerado, que usufrui a prestação e a Administração, que a realiza³¹⁴, é que se constitui uma concreta relação jurídica de prestação administrativa. Ou seja, só neste caso haveria serviço público em sentido estrito.

³⁰⁹ ALESSI, op. cit., p. 465.

³¹⁰ Franck MODERNE identifica em ALESSI a influência do direito germânico, especialmente da teoria que concebe a Administração como “prestadora de serviços” (“*Leistungsträger*” de FORSTHOFF). (MODERNE, **Les transcriptions...**, p. 39).

³¹¹ O autor exemplifica essa modalidade de serviço público: a polícia judiciária, a iluminação de vias públicas. ALESSI, op. cit., p. 466.

³¹² DE VALLES, **I servizi** ..., p. 379 et seq.

³¹³ ALESSI, op. cit., p. 461 et seq.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 461.

A outra corrente, representada por ZANOBINI³¹⁵, define que o serviço público é qualquer prestação de utilidade realizada por um ente público dirigida tanto aos cidadãos genericamente considerados, *uti universi*, como aos singularmente considerados, *uti singuli*. Segundo explica ZANOBINI, em ambas as situações se constata a fruição de um serviço prestado pelo Estado ou de outro ente público, seja a uma pessoa específica ou a um grupo indeterminado³¹⁶. A característica da atividade de utilidade prestada *uti universi* é a dificuldade de distinguir a “quantidade” fruída por cada cidadão. Um exemplo clássico dessa modalidade de satisfação de interesse público é a iluminação de vias públicas.

Os apontamentos sobre os destinatários da prestação reforçam o destaque dado pela concepção objetiva de serviço público na doutrina italiana, em especial, sob o aspecto teleológico da atividade prestada, ou seja, a destinação de satisfazer um interesse de ordem coletiva. Nesse sentido, assevera Giuseppe CAIA³¹⁷ que o atributo “público” aos serviços não estaria tanto a indicar o sujeito gestor da atividade, mas, ao contrário, referir-se-ia à destinação do tal serviço ao público, isto é aos cidadãos, *uti singuli* ou *uti universi*.

3.2.5 Serviço Público Impróprio ou Virtual

A adoção de uma concepção objetiva de serviço público permitia explicar, de modo mais satisfatório, a existência de atividades privadas de interesse geral, sujeitas à

³¹⁵ ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1959. v. 5, p. 345 et seq.

³¹⁶ Ibid., p. 346.

³¹⁷ CAIA, op. cit., p. 923 et seq.

regulamentação e ao controle de organismos públicos. Para tentar sanar esse problema, DE VALLES se referiu à categoria de serviços públicos “impróprios”. Seriam aquelas atividades que, sendo materialmente semelhantes aos serviços prestados direta ou indiretamente pela Administração Pública, eram executadas pelos particulares e sujeitas a uma disciplina pública específica, diversa do regime de concessão³¹⁸. Esse fenômeno de serviços públicos impróprios passou a adquirir um papel cada vez mais relevante na doutrina italiana. Para M. S. GIANNINI, essa atividade desenvolvida por particulares e sujeita a um regime público especial, foi chamada de “serviços de interesse público”³¹⁹.

3.2.6 A Evolução do Pensamento de M. S. Giannini Acerca de Serviço Público e a Teoria do Ordenamento Setorial

Merece destaque, nesse ponto, a contribuição de M. S. GIANNINI para a doutrina italiana em matéria de serviço público. Com base na lei sobre a atividade de crédito (Lei 38/1936)³²⁰, GIANNINI procurou aprofundar-se no estudo do conceito de serviço público. Seu primeiro impulso foi admitir que tal atividade se configurava como serviço público, embora inexistindo vínculo subjetivo público entre a atividade creditícia e o seu titular, pois o Estado não era o titular direto ou indireto do serviço. GIANNINI justificou a extensão do caráter de serviço público à atividade estudada

³¹⁸ MERUSI, *Servizio pubblico* ..., p. 218.

³¹⁹ RANGONE, *op. cit.*, p. 305.

³²⁰ A questão surge a propósito da lei bancária de 1936 que atribuía o serviço bancário ao Estado. (MERUSI, *Servizio pubblico* ..., p. 218).

pela constatação da existência de uma “referibilidade imediata” da atividade ao poder público³²¹. Aderia, portanto, à aceção objetiva de serviço público.

Num segundo momento de sua reflexão sobre a matéria, volta a se alinhar à doutrina que sustenta uma aceção subjetiva de serviço público, ou seja, é serviço público a atividade cujo titular é o Estado ou outro ente público que a presta diretamente ou por via de concessão. No caso da atividade creditícia, objeto de sua análise, o que existe é um “serviço de interesse público”, que indica uma atividade desempenhada pela iniciativa privada, sujeita a uma penetrante disciplina publicista³²². Esse tipo de atividade é que se enquadra nos preceitos do artigo 41 da Constituição italiana que vislumbra o direcionamento e a coordenação da atividade econômica pública ou privada aos fins sociais.

É na terceira fase de suas reflexões sobre o tema que emerge a teoria do ordenamento setorial. Convencido por uma constatação de que, na prática, há serviços que objetivamente são qualificados pelo direito positivo como públicos e que são executados por particulares, GIANNINI aceita novamente a aceção objetiva desse instituto. Nas suas próprias palavras: “os serviços públicos são atividades objetivamente qualificáveis, que prescindem da titularidade”³²³. Acrescenta, no entanto, que se deve tomar a cautela de não adotar a aceção objetiva ampla, que é em verdade a aceção residual, negativa, em relação à função pública. Ou seja, não se

³²¹ D'ALBERTI, Marco. Lo stato e l'economia in Giannini. **Revista Trimestrale di diritto pubblico**, Giuffrè, n. 4 (especial sobre a vida e obra de M. S. Giannini), p. 1087- 1110, 2000.

³²² Ibid., p. 1093.

³²³ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto pubblico dell'economia**. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 143.

deve entender “serviço público” como toda a atividade do poder público que não seja expressão de um ato de autoridade, o qual se convencionou chamar de “função pública”³²⁴.

Voltando a analisar a mesma questão da atividade bancária, GIANNINI reconhece que determinado setor de atividades privadas, como o setor de crédito, obedece não só às regras gerais da atividade comercial, mas está sujeito a regras especiais, de um ordenamento setorial (ou excepcional). Tais ordenamentos se caracterizariam pela existência de complexos de sujeitos cujo agir submete-se à direção e ao controle do poder governamental, ensina CATTANEO³²⁵.

Com respeito ao rigor desse tipo de controle sobre os serviços prestados, M. S. GIANNINI constatou que em certos setores a disciplina pública se apresentava mais intensa do que nos casos de aplicação do regime concessionário.

Os ordenamentos setoriais visam a dar uma classificação do controle público da atividade empresarial revestida de interesse público. Pode-se afirmar que encontram fundamento no artigo 41, § 3º, da Constituição italiana, segundo o qual a atividade econômica pública ou privada pode ser direcionada e coordenada aos fins sociais. Um dos objetivos desses ordenamentos seria a promoção de um controle programático e geral de atividades dos determinados setores, consoante GIANNINI³²⁶. Sua teoria do

³²⁴ GIANNINI, **Diritto pubblico** ..., p. 143. Essa concepção, que será estudada no próximo item, foi difundida pela disciplina penalística do serviço público.

³²⁵ CATTANEO, Salvatore. Servizio pubblico. In: ENCLICLOPEDIA del diritto. Paris: Giuffrè, 1990. v. 42, p. 369.

³²⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1970. p. 165.

ordenamento setorial pretendia ser aplicável a um espectro bastante amplo de atividades econômicas. No entanto, não encontrou muita aceitação na doutrina³²⁷.

Observa-se, ainda, que a teoria do ordenamento setorial erigida por GIANNINI parece ter “importado” da experiência americana a idéia de “regulação” de atividades econômicas, o que levou a doutrina italiana a identificar a noção de serviço público como atividade econômica. Semelhante conclusão deflui da lição de CATTANEO: “essa proposta (de inserir a figura de serviço público na sistemática constitucional de relativa à atividade econômica – artigos 41 e 43 - possibilitou a afirmação da coincidência entre serviço público e a atividade econômica, destinada à persecução de fins sociais, mediante programas e controles impostos por lei”³²⁸.

Não se pode, entretanto, extrair dessa teoria uma contribuição efetiva para a construção da noção de serviço público. É forçoso reconhecer que a teoria do ordenamento setorial acaba por inutilizar o conceito de serviço público na medida em que prega a “setorialização” de atividades e resolve, pragmaticamente, um problema de conceituação jurídica.

Finalmente, a doutrina italiana observou uma necessidade de regulação de atividades que materialmente se assemelhavam àquelas tradicionais, desenvolvidas direta ou indiretamente pelo Estado. No entanto, ao dar-se conta desse fenômeno, ainda na primeira metade do século XX, não houve um movimento no sentido de criar órgãos reguladores (entes, agências reguladoras, autoridades independentes), na

³²⁷ D'ALBERTI, op. cit., p. 1095.

³²⁸ CATTANEO, op. cit., p. 369.

acepção que apenas atualmente se verifica. Hoje, contudo, essa situação tem se expandido por vários países da Europa e também no modelo administrativo brasileiro. Trata-se de vincular as entidades reguladoras autônomas à produção de ordenamentos jurídicos setoriais. O aspecto principal dessa concepção parece ser a submissão de indivíduos ou empresas de um segmento empresarial que, após obtenção de uma “autorização”³²⁹, passam a fazer parte de um grupamento específico e submetem-se à égide de um poder regulatório de um órgão ou entidade³³⁰.

3.2.7 Serviço Público e Função Pública

Como conseqüência da movimentação doutrinária no sentido de uma concepção objetiva de serviço público forjou-se, no direito italiano, a separação entre “função pública” e “serviço público”. Essa divisão parece ter sido uma necessidade para a qualificação técnico-jurídica das atividades da Administração pública. De modo genérico, difundiu-se que a “função pública” compreenderia todo o tipo de atividade jurídica autoritativa, inerente à soberania do Estado, tais como a polícia e a diplomacia, destinada a satisfazer os interesses da coletividade no seu conjunto. A

³²⁹ Autorização compreendida em sentido amplo pode materializar-se por outros atos ou contratos administrativos: a autorização, propriamente dita, a licença, a permissão e a concessão. Todas essas são formas de incluir uma atividade sob as regras de um ordenamento específico.

³³⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 11-56, abr. 2001.

função pública seria a expressão do poder administrativo³³¹. Por serviço público³³², entendeu-se uma atividade social, imputável, direta ou indiretamente, ao Estado ou a um ente público, caracterizada pela prestação técnica ou material em favor dos cidadãos (segundo alguns³³³, singularmente considerados). O serviço público, como atividade administrativa, não estaria revestido de autoridade. Em última análise, prescindiria daquilo que os franceses conhecem por “*puissance publique*”.

A distinção, colocada nesses termos, foi largamente difundida entre os juristas da época. Porém, recebeu dura crítica de Alfonso TESAURO³³⁴, que sugeriu que se entendesse “função pública” por “atividade jurídica pública expressão do poder legislativo, executivo e jurisdicional”³³⁵. Por outro lado, o “serviço público” seria a concretização de “uma atividade jurídica privada organizada e desenvolvida pelo

³³¹ M. S. GIANNINI designa essa acepção de função pública como “função pública em sentido enfático” para diferenciá-la da noção simples de função (outras atividades do Estado ou entes públicos) que não ensejam expressão de autoridade, ou soberania, como dizem alguns. Consulte-se, para aprofundar-se na concepção de GIANNINI: GIANNINI, **Diritto** ..., p. 454 et seq.

³³² Noção desenvolvida a partir das idéias de DE VALLES, depois por ALESSI e ZANOBINI conforme explicam MERUSI, **Servizio pubblico** ..., p. 217 e CATTANEO, op. cit., p. 365.

³³³ Tanto para DE VALLES, quanto para ALESSI a prestação seria destinada aos cidadãos singularmente considerados, enquanto que para ZANOBINI, representante de outra corrente doutrinária, a prestação seria destinada tanto aos cidadãos *uti singuli* quanto aos cidadãos *uti universi*. Conferir: CATTANEO, op. cit., p. 365.

³³⁴ Segundo TESAURO, não pode admitir uma distinção entre serviço público e função pública com base no modo de fruição da utilidade. Tanto uma prestação destinada a um cidadão individualizado quanto uma prestação genericamente realizada presta-se a uma finalidade social, portanto não caberia uma distinção sob essa ótica. Também não é suficiente para traçar a distinção pretendida pela doutrina o fato de o serviço público tratar de uma prestação técnica. Para TESAURO toda atividade administrativa é essencialmente técnica. Refuta igualmente que a materialidade da prestação possa distinguir as duas atividades: tanto a defesa nacional quanto a segurança dos cidadãos são revestidas de caráter material. TESAURO nega ainda que os serviços públicos estejam isentos do caráter autoritário (revelador de *puissance publique*) característico da função pública já que um serviço sob regime monopolístico desenvolve-se por atos de autoridade. Finalmente, a última crítica repousa sobre a distinção de atividade jurídica e atividade social, que, segundo este autor inexistente já que toda atividade administrativa é uma atividade jurídica e social ao mesmo tempo. (TESAURO, Alfonso. **Istituzioni di diritto pubblico**. Torino: Torinese, 1961. v. 2, p.104 et seq.).

³³⁵ TESAURO, op. cit., p. 107-108.

Estado, ou de um ente público, como meio de realização de um fim que o Estado ou outro ente público persegue no exercício do poder legislativo, executivo e jurisdicional”³³⁶.

Apesar das críticas, a distinção continuou a ser adotada pela maioria da doutrina, tal como resume CAIA: “Substancialmente, para o direito administrativo (...) a “função administrativa” e o “serviço público” não são duas noções contrapostas, mas duas noções diferentes, que exprimem momentos diversos e não coincidentes (todavia integráveis e combináveis entre si) da atividade administrativa na sua complexidade”³³⁷.

3.3 NOÇÃO PENALÍSTICA DE SERVIÇO PÚBLICO

Apenas para melhor esclarecimento, pode apontar-se, ainda, uma peculiaridade do pensamento italiano. A tentativa de identificação de um conceito de serviço público no direito italiano foi permeada pela influência da disciplina penalística dessa noção. O direito administrativo italiano viu-se em face de uma problemática sem equivalente, por exemplo, no Direito brasileiro.

Em 1930, entrou em vigor o art. 358 do código penal italiano, que versava sobre a sujeição ao referido código de todas as pessoas encarregadas de um serviço público. O artigo rezava: “para os efeitos da lei penal, são pessoas encarregadas de um serviço público: 1. Os empregados do Estado ou de um outro ente público, os quais

³³⁶ TESAURO, op. cit., p. 107-108.

³³⁷ CAIA, op. cit., p. 725.

prestem, permanentemente ou temporariamente, um serviço público; 2. Qualquer outra pessoa que preste permanentemente ou temporariamente, gratuitamente ou mediante retribuição, voluntariamente ou por obrigação, um serviço público”.

Segundo MERUSI³³⁸, a noção de serviço público a que se referia o citado artigo do C.Pen. não coincidia com a definição da tradicional doutrina de direito administrativo francês, e só serviu para produzir um conceito jurídico ainda mais amplo. Segundo o autor, a noção de serviço público extrai-se de forma residual a partir da noção de função pública, ou seja: “por serviço público se deveria entender cada atividade, imputável diretamente ou indiretamente ao Estado, que não fosse função pública”³³⁹.

A revisão do C. Penal italiano, em 1990, introduziu algumas modificações no art. 358 acima citado. A matéria passou a ser tratada em dois dispositivos os quais definem a função pública (art. 357, § 2º) e serviço público (art.358, § 2º), de forma inédita na legislação italiana, conforme ensina CATTANEO³⁴⁰. Lê-se no art. 357, § 2º: “considera-se função pública administrativa aquela disciplinada por normas de direito público e por atos administrativos, caracterizada pela formação e pela manifestação da vontade da Administração Pública e por seu desenvolvimento por meio de poderes autoritativos e certificativos”.

Já por serviço público, deve-se entender “uma atividade disciplinada da mesma forma que a função pública, mas caracterizada pela falta de poderes típicos

³³⁸ MERUSI, **Servizio pubblico** ..., p. 218.

³³⁹ Id. Função pública entendida como toda atividade relacionada com os fins essenciais do Estado, tais como a justiça, a segurança, e a defesa nacional.

³⁴⁰ CATTANEO, op. cit., p. 360.

desta última, excluído o desenvolvimento das simples atribuições de ordem e de prestação de obra meramente material”³⁴¹. Importa, portanto, a atividade desenvolvida, ou seja, o critério de definição de serviço público é o objetivo ou (e) formal.

Resulta que a qualificação penal de um serviço como público³⁴² depende da atividade ser disciplinada por um regime jurídico de direito público, ou por atos autoritativos (do mesmo modo que a função pública); mas a atividade deve ser caracterizada pela ausência de *potestade* (poderes autoritativos ou certificativos); e não deve expressar uma manifestação de vontade da Administração Pública, nem, finalmente, tratar-se de desempenho de atribuições ou prestações de cunho simples e meramente material.

Conforme observa Giuseppe CAIA, o elemento central e qualificador da noção penal de serviço público da versão atual do C. Penal parece ser o caráter publicístico da disciplina da atividade³⁴³. Ou seja, só estaria sujeita à qualificação dessa descrição de serviço público a atividade submetida a, e organizada segundo, normas de direito público, ou seja, um regime jurídico especial. Isso permite, desde já, traçar uma distinção quanto à referida noção no direito administrativo italiano, para o qual as atividades organizadas segundo a disciplina do direito comum/ ordinário podem ser qualificadas de serviço público.

Poder-se-ia duvidar da utilidade e da pertinência de se elencar tais conceitos no âmbito das normas penais. CATTANEO sustenta que o interesse do legislador, com

³⁴¹ CAIA, op. cit., p. 937.

³⁴² O Código Penal brasileiro utiliza um conceito amplo de função pública e não de serviço público.

³⁴³ CAIA, op. cit., p. 938.

tais definições, só poderia ser o de configurar e delimitar a responsabilidade penal das pessoas físicas envolvidas na prestação de serviços e no exercício de funções públicas, sempre referidas ao grau de participação na esfera dos referidos poderes decisoriais³⁴⁴.

De todo modo, não se podem extrair conseqüências das regras penais para construir um conceito de serviço público no âmbito do direito administrativo.

3.4 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1948

A Constituição italiana de 1948 fundou-se em princípios democráticos do poder público, reconheceu a autonomia das coletividades locais, protegeu as liberdades tradicionais e tutelou uma série de direitos sociais. No entanto, adverte SABBIONI³⁴⁵, no que diz respeito à Administração pública, manteve as regras de um modelo de Estado liberal. Esse autor destaca, ainda, que o debate sobre a noção de serviço público que ocupou a doutrina após a promulgação da nova Carta “foi marcado pela contradição entre a democratização do poder político e a socialização do Estado de um lado e, por outro, a manutenção da concepção liberal da Administração”³⁴⁶.

Admite-se, portanto, que o estudo da noção de serviço público a partir da

³⁴⁴ CATTANEO, op. cit., p. 361.

³⁴⁵ SABBIONI, Paolo. Le service public et l'État de droit en Italie. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org). **L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 259-312.

³⁴⁶ SABBIONI, op. cit., p. 282.

Constituição Italiana de 1948, em especial dos artigos 41³⁴⁷ e 43³⁴⁸, não parece ser menos problemático. Segundo MERUSI³⁴⁹, reacendeu-se uma discussão sobre serviço público a aproximação dessa matéria com a aceção de atividade econômica, como já havia acontecido pela lei de municipalização de 1903. Deve-se, consoante entendimento do autor, compreender a noção constitucional de serviço público não como um instituto jurídico, mas como uma atividade econômica³⁵⁰.

A Constituição Italiana de 1948 confirma a adesão a um conceito objetivo de serviço público. Segundo essa interpretação, a liberdade de empresa protegida pelo art. 41 seria tanto prerrogativa da iniciativa privada, quanto da atividade pública, no sentido de que ambos teriam condições de realizar a solidariedade social³⁵¹. Constatou-se, então, que o serviço público não mais se definia pela titularidade estatal de uma atividade. O critério subjetivo deu lugar à qualificação de uma determinada atividade segundo o fim de interesse coletivo de que ela se revestia, independentemente de quem a exercesse. Além disso, aponta RANGONE, a concepção subjetiva era claramente incompatível com o art. 43 da Constituição italiana, segundo o qual existem serviços públicos que não pertencem ao Estado ou a entes públicos e os fins de interesse geral

³⁴⁷ Art. 41 “A iniciativa econômica privada é livre.

“Não pode desenvolver-se em contraste com a utilidade social ou de modo a acarretar dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana.

“A lei determina os programas e os controles oportunos para que a atividade econômica pública e privada possa ser dirigida e coordenada aos fatos sociais.”

³⁴⁸ Art. 43. “Para os fins de utilidade geral, a lei pode reservar originariamente ou transferir mediante expropriação e ressalvada indenização, ao Estado, a entes públicos ou a comunidades de trabalhadores ou de usuários determinadas empresas ou categorias de empresas, que se refiram a serviços públicos essenciais ou a fontes de energia ou a situações de monopólio e tenham caráter de relevante interesse geral.”

³⁴⁹ MERUSI, *Servizio pubblico* ..., p. 219.

³⁵⁰ Id.

³⁵¹ SABBIONI, op. cit., p. 286.

(público) não exigem em cada caso a subtração da atividade privada³⁵². Essa modificação constitucional representou, de alguma forma, uma quebra de unidade com o regime liberal anterior a essa Constituição. É o que se evidencia pela permissão da reserva originária ou apropriação dos serviços públicos, segundo o artigo 43.

Foi dentro desse contexto que ganhou importância a concepção objetiva de serviço público, concebida inicialmente na expressiva obra de POTOTSCHNIG³⁵³. Consoante este autor, a existência de um serviço público prescinde da titularidade estatal da atividade. Ou seja, para ele está superado o critério orgânico da noção. A reserva (monopólio) ou a transferência para o poder público é uma solução possível, porém não necessária. Segundo sua concepção, a lei deve dispor sobre as particularidades do exercício da atividade econômica, tanto privada quanto estatal, destinada aos fins sociais, a que se atribui a denominação “serviço público”, definindo sua estrutura e forma de controle a que deve submeter-se. Ainda que a Constituição não apresentasse uma definição do instituto, ela permitiu a prestigiada elaboração teórica de POTOTSCHNIG, também a partir do art. 41, §3º.

O dispositivo constitucional em epígrafe consagra o princípio da livre iniciativa privada, com a ressalva de que a atividade desenvolvida por particulares não pode colocar em risco os interesses de ordem coletiva. Bem por isso, deve estar conforme os programas públicos bem como se submeter ao controle estatal.

³⁵² RANGONE, op. cit., p. 308. Esse aspecto da noção será retomado mais adiante ao se tratar da noção comunitária de serviço de interesse econômico geral.

³⁵³ POTOTSCHNIG, Umberto. **I pubblici servizi**. Padova: CEDAM, 1964.

Reforça-se a tese da concepção objetiva de serviço público de POTOTSCHNIG que nega que o serviço público tenha de ser gerido pelo Estado ou ente público, como se afirmava na teoria subjetiva, e ainda admite que possa ser executado também por empresas privadas, sem a necessidade de outorga de concessão, respeitadas as condições do artigo 41, § 3º, da Constituição.

Essa interpretação deriva de que o texto do dispositivo constitucional refere-se explicitamente ao enfoque da atividade sob o aspecto do seu conteúdo material e não mais orgânico. Para Giuseppe CAIA³⁵⁴, essa concepção equivaleria à idéia francesa de serviço público virtual³⁵⁵ que conduziria o serviço público à atividade econômica, pública ou privada, sujeita aos programas e controles destinados a coordená-la aos fins sociais, como dita o art. 41, §3º, da Constituição italiana.

Ainda consoante a interpretação de POTOTSCHNIG, a identificação de um serviço público, pelo critério objetivo, deveria fundar-se no reconhecimento de uma atividade cuja satisfação fosse exigida pelo interesse público. Isso significaria reconhecer no objeto, atividade a ser prestada, um fim de relevância pública, assim reputado pela legislação pertinente. Nesse ponto, é interessante a observação de CATTANEO no sentido de que a qualificação do interesse público da atividade assume uma relevância jurídica autônoma própria³⁵⁶. Esse dado permitiria admitir, portanto, que no sistema jurídico italiano uma atividade, qualificada como serviço

³⁵⁴ CAIA, op. cit., p. 919.

³⁵⁵ Serviço público virtual denota o tipo de atividade que tem um caráter de interesse coletivo tão relevante que, embora não tenha recebido legalmente este atributo jurídico, é potencialmente serviço público. (MESCHERIAKOFF, *Droit des ...*, p. 108).

³⁵⁶ CATTANEO, op. cit., p. 369.

público, poderia ser exercida tanto pelo Estado (ou quem lhe fizer as vezes), quanto pelo particular diretamente, sem sujeição ao regime de concessão. Segundo RANGONE³⁵⁷, do artigo 41, § 3º, depreende-se que a atividade privada é considerada não menos idônea do que a pública na persecução dos fins sociais

A noção objetiva de serviço público parece ter sido bem acolhida na doutrina italiana. CATTANEO assevera, nesse passo, que a teoria objetiva teve o grande mérito de, em utilizando a figura do serviço público, ter contribuído para o enquadramento científico dos fenômenos que modificaram sensivelmente o conjunto de relações entre o poder público e a iniciativa privada³⁵⁸.

Nicoletta RANGONE conclui que a noção objetiva de serviço público propiciou duas interpretações que podem resumir o debatido conceito³⁵⁹. A primeira delas, já examinada, sintetiza-se no pensamento de POTOTSCHNIG e considera como serviço público aquela atividade submetida aos controles e programas públicos que visem a atender ao interesse público. A segunda interpretação, defendida por CASSESE, por MERUSI³⁶⁰ e por RANGONE³⁶¹, define o serviço público como uma

³⁵⁷ RANGONE, op. cit., p. 308.

³⁵⁸ CATTANEO, op. cit., p. 368.

³⁵⁹ RANGONE, op. cit., p. 308-311.

³⁶⁰ As palavras exatas de MERUSI podem ser ainda mais claras: a outra noção de serviço público (além da noção do código penal) é representada por uma cláusula geral que faz referência a uma atividade econômica incidente diretamente sobre a coletividade e que, sob o perfil jurídico que tem por fim a mutabilidade dos titulares de tal atividade. (MERUSI, **Servizio pubblico** ..., p. 221).

³⁶¹ RANGONE, op. cit., p. 308 et seq.

“cláusula geral” que se refere a uma atividade econômica de interesse para a coletividade, entendida no sentido da ciência econômica³⁶².

Evidencia-se, através da leitura da noção constitucional de serviço público, um nexó jurídico entre a insuficiência do mercado e a possibilidade de assunção de uma atividade pelo Estado.

É nesse sentido que TULUMELLO³⁶³ põe em relevo a conotação marcadamente econômica da idéia de serviço público decorrente do artigo 43 da Constituição italiana. Conclui, ainda, que para se compreender o conceito italiano de “*servizio pubblico*” deve proceder-se a uma identificação entre esta noção e aquela oriunda do direito anglo-saxão, denominada “*public utilities*”³⁶⁴.

O critério objetivo de serviço público obteve bastante prestígio na doutrina e influenciou também os juízes administrativos. No entanto, essa acepção não ficou imune a algumas críticas importantes³⁶⁵. Dentre as mais relevantes, destaca-se a sua indefinida amplitude, ora restringindo a noção de serviço público, ora ampliando-a. Segundo o artigo 41, como visto, privilegia-se a noção apenas no que diz respeito à

³⁶² Nesse sentido são particularmente interessantes as palavras de C. FRESA no sentido de que “a existência de uma noção econômica de serviço público como aquela de atividade direta a fornecer utilidades (bens públicos segundo a terminologia da ciência econômica) aos cidadãos, sob a base de necessidades e de interesses historicamente concebidos como necessários pela funcionalidade de uma sociedade. Tal noção econômica, largamente difundida também na linguagem comum, vem assumindo uma conotação ideológica como cláusula geral de atividade subtraída (ou a ser subtraída) das condições capitalistas de produção”. (FRESA, Carlo. *Servizio pubblico*. In: GUARINO, G. (Coord.). **Dizionario amministrativo**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1983. p. 1343).

³⁶³ TULUMELLO, Giovanni. *Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale*. **Revista Contratto e Impresa**, Padova, v. 4, n. 1, 386-428, 1999. p. 389.

³⁶⁴ Designam-se “public utilities” os negócios sujeitos a intenso controle público em razão dos privilégios que usufruem e das prerrogativas de monopólio ou pela fusão de ambos os fatores. Explica FREUND, apud TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1. p. 214.

³⁶⁵ SABBIONI, op. cit., p. 289. Veja-se também: MONTESI, op. cit., p. 275- 297.

atividade econômica e não se incluem nessa acepção atividades organizadas sob um modelo similar ao de serviço público, tais como a proteção à saúde dos menos favorecidos, a educação primária e a formação profissional dos trabalhadores, todos eles garantidos pela Constituição³⁶⁶. Segundo Silvia MONTESI,³⁶⁷ uma forte corrente doutrinária tende a optar por uma concepção de serviço público que tenha tanto um enfoque econômico quanto social, no lugar de aderir a uma concepção como a objetiva. Critica-se, ainda, a generalidade dessa acepção que permite que duas situações, tais como os serviços de caráter econômico e as atividades empresariais do Estado³⁶⁸, não sejam passíveis de diferenciação³⁶⁹.

É pela nebulosidade e imprecisão que também ressalta da acepção objetiva de serviço público que CATTANEO afirma que não existe uma definição jurídica de uma atividade que se constitui como serviço público, sem que isso signifique negar a existência do instituto³⁷⁰. Para esse autor, a figura do serviço público no ordenamento jurídico italiano significa “um modelo geral de organização de que os poderes públicos podem se utilizar para a sua própria atividade, na medida em que o seu exercício não implique o exercício de poderes autoritativos (decorrentes do poder de autoridade da Administração), ressalvadas as reservas de ordem constitucional”³⁷¹.

³⁶⁶ Os artigos da Constituição que protegem esses direitos são: o art. 32, o art. 34 e o art. 35, na ordem em que foram citadas as garantias.

³⁶⁷ MONTESI, op. cit., p. 277.

³⁶⁸ SABBIONI, op. cit., p. 290. CATTANEO foi quem colocou em destaque as primeiras críticas ao enfoque objetivo extraído da Constituição (CATTANEO, op. cit., p. 370).

³⁶⁹ MONTESI, op. cit., p. 276.

³⁷⁰ CATTANEO, op. cit., p. 372.

³⁷¹ Id.

O que se evidencia a partir da exposição acima é o impasse doutrinário que não isentou o direito público italiano do mesmo problema que sofreu essa disciplina no direito francês.

3.5 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA ITÁLIA

Os princípios relativos aos serviços públicos na Itália agregam à herança francesa da disciplina uma série de princípios particulares, oriundos da concepção de serviço público identificada como uma atividade de interesse econômico.

Assim, ao lado dos tradicionais princípios de igualdade, continuidade e universalidade da prestação encontram-se os seguintes princípios, decorrentes da influência dos mandamentos do direito comunitário sobre o direito italiano: distinção entre o caráter público do serviço e a natureza pública ou privada do gestor; não coincidência entre a natureza pública do serviço e a gestão reservada (monopólio); separação entre regulação e gestão; equilíbrio econômico dos serviços públicos.

Os princípios do serviço público originários da concepção francesa, conhecidos por “*Lois de Rolland*”, já expostos anteriormente, não parecem ter sido sistematizados na disciplina específica dos “*servizi pubblici*”. Eles encontram acolhida na doutrina, de modo bastante disperso. GIANNINI, por exemplo, destaca que o princípio da igualdade tem maior relevância no direito italiano na matéria de atos normativos, enquanto que para a atividade administrativa prefere-se a referência à

“paridade de tratamento”³⁷². A continuidade e a mutabilidade adquiriram sentido na medida em que o direito comunitário elegeu esses mesmos princípios como de observância obrigatória na disciplina dos serviços universais.

O princípio da distinção entre o caráter público do serviço e a natureza pública ou privada do gestor põe em evidência a filiação à teoria objetiva de serviço público que dita que os fins de interesse geral não exigem a titularidade pública de dada atividade. Quer assim reafirmar, segundo assevera Nicoletta RANGONE, que a assunção monopolística (gestão reservada) de uma atividade só ocorre diante da insuficiência da livre iniciativa prestá-la³⁷³. Esse princípio revela a adesão a um modelo econômico compatível com os preceitos comunitários da livre concorrência.

O princípio da não coincidência entre a natureza pública do serviço e a gestão reservada implica no superamento do regime especial nas relações com a Administração. Esta é uma determinação que decorre diretamente das normas comunitárias de não impedir a completa abertura do mercado.

A separação entre regulação e gestão surgiu no direito italiano por volta dos anos trinta quando se verificou o aumento da intervenção estatal na economia. A transição para o modelo atual, em que o Estado deixa de ser empresário para tomar a posição de regulador teve como impulso os imperativos comunitários da livre concorrência em especial o artigo 82 do Tratado da Comunidade Européia, modificado em Amsterdã. Esse princípio tem por objetivo preservar o equilíbrio da concorrência

³⁷² GIANNINI parece defender que se faça essa distinção, embora ele reconheça que na jurisprudência e na prática administrativa é usual o recurso indistinto a uma ou outra expressão. GIANNINI, *Diritto amministrativo* ..., p. 465.

³⁷³ RANGONE, op. cit., p. 23-24, 221 et seq.

mesmo nos casos em que uma atividade esteja sob o monopólio estatal, o que poderia levar ao abuso de seu poder de mercado.

O equilíbrio econômico reporta-se ao princípio da economicidade³⁷⁴ que obriga empresas a cargo de serviços públicos a obter rentabilidade econômica. Acerca da experiência italiana, RANGONE esclarece: “No nosso ordenamento o critério da economicidade da gestão (consistente na estreita idoneidade a cobrir os custos de produção) deriva do artigo 43 da Constituição e foi recepcionado em disposição de lei ordinária (por exemplo, a lei que instituiu a ENEL e a lei de constituição da Empresa Ferroviária do Estado)”³⁷⁵. O preceito da economicidade poderá ser relevado nos casos em que empresas estejam obrigadas à prestação de um mínimo, que se configura como “serviço universal”³⁷⁶. Neste caso, poderá haver uma compensação que cobre eventuais quebras do equilíbrio econômico da empresa prestadora do serviço público.

Encontram-se, ainda, alguns elementos definidores do conceito de serviço público no artigo 22 § 1º, da Lei 142/1990³⁷⁷, que revelam outro princípio. Extrai-se acerca do serviço público, na referida lei, tanto seu conteúdo objetivo – produção de bens ou desenvolvimento de atividades em favor da coletividade –, quanto seu elemento teleológico – a realização de fins sociais e a promoção do desenvolvimento

³⁷⁴ O princípio da economicidade deve ser entendido como a exigência de lucro empresarial em uma dada empresa. No caso de empresas que geram serviços de interesse coletivo, essa regra costuma ser atenuada com subvenções compensatórias por parte do Estado para que o serviço não seja interrompido e a prestação comprometida. Sobre o princípio da economicidade, consulte-se: MONCADA, Luís Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 205.

³⁷⁵ RANGONE, op. cit., p. 235.

³⁷⁶ O tema terá abordagem específica dentro do capítulo do direito comunitário.

³⁷⁷ Leia-se no art. 22 da Lei 142 de 08.06.1990: “As comunas e as províncias, no âmbito das respectivas competências, desenvolvem a gestão dos serviços públicos que tenham por objeto a produção de bens e atividades destinadas a realizar fins sociais e promover o desenvolvimento econômico e civil das comunidades locais”.

econômico e civil da comunidade local. CAIA destaca que, a partir desse dispositivo legal, conclui-se que “é necessário que tais elementos definidores sejam sempre enquadrados e considerados com referência ao momento jurídico da escolha de instituir o serviço (e de como organizá-lo)”³⁷⁸. Essa característica que aponta este autor, é, em última análise, decorrência do princípio da mutabilidade ou adaptabilidade do serviço público, conforme sistematizado por Rolland, no direito francês.

A Carta dos serviços públicos adotada em 1994 teve como objetivo principal fixar os princípios necessários à uniformização progressiva dos serviços públicos. Dela são extraídos seis princípios fundamentais: igualdade, universalidade, imparcialidade, da continuidade, do direito de escolha³⁷⁹, da participação do cidadão³⁸⁰ e da eficácia³⁸¹.

O que se pode observar e concluir é a indiscutível influência do direito comunitário na moderna doutrina administrativa italiana. Os princípios parecem respeitar e adequar-se integralmente à nova ordem jurídica que permeia o direito interno.

³⁷⁸ CAIA, op. cit., p. 922.

³⁷⁹ Diz respeito ao direito do usuário de escolher dentre os diversos distribuidores ou fornecedores de um dado serviço.

³⁸⁰ Coloca-se à disposição do usuário um canal de comunicação através do qual ele participa e colabora com o distribuidor ou fornecedor através de sugestões e críticas, bem como por via de avaliações periódicas do usuário.

³⁸¹ Sobre os princípios fundamentais encontrados na Cartade Serviços públicos, publicada em 22 de fevereiro de 1994, consultar: MENET-GENTY, Janine. Les services public. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 144.

3.6 TENDÊNCIAS EVOLUTIVAS DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Finalmente, parece que uma posição importante da doutrina italiana vai no sentido de inserir a noção de serviço público dentro de um âmbito mais amplo da ordenação constitucional. Trata-se da disciplina da atividade econômica. Sobre isso, MERUSI observou que o “significado da expressão serviço público que emerge do art. 43 (Const. Italiana) aparece confirmado pelos trabalhos preparatórios, em particular na *Relazione PESENTI*³⁸², redigida por um economista, com clara referência ao fenômeno econômico, e da postura assumida pela doutrina e jurisprudência anglo-saxônica, em particular a Suprema Corte americana, diante do fenômeno análogo das *public utilities*”³⁸³.

Uma importante nota deve ser feita quanto à inserção da noção de serviço público no campo exclusivo da atividade econômica, como proposto por uma parte da doutrina italiana. A construção do conceito sobre as bases dos artigos 41 e 43 da Constituição italiana parece conduzir a uma redução dos serviços públicos a somente àqueles que têm perfil de atividade privada, ainda que estejam destinadas a atender aos ditames do art. 41. Giuseppe CAIA³⁸⁴ afirma que seria preferível se adotar uma concepção unitária de serviço público que pudesse conter tanto as atividades de cunho econômico quanto as de cunho assistencial ou cultural. Não existindo essa noção

³⁸² *As Relazione Pesenti* tratavam da importância da nacionalização como protagonista de mudanças contínuas no cenário econômico, onde se verificava um aumento da atividade intervencionista do Estado no domínio da atividade econômica privada. Conferir nota de rodapé de: MERUSI, **Servizio pubblico** ..., p. 220.

³⁸³ MERUSI, **Servizio pubblico** ..., p. 220. Esse aspecto será retomado mais adiante ao se tratar da noção comunitária de serviço público. No mesmo sentido: RANGONE, op. cit., p. 310.

³⁸⁴ CAIA, op.cit., p. 920 et seq.

unitária, o melhor posicionamento seria o de crer que “no ordenamento italiano coexistem duas noções de serviço público”³⁸⁵: a concepção subjetiva e a concepção objetiva marcadamente econômica.

Nesse sentido, são precisas as palavras de GIANNINI que, ao questionar-se a si mesmo sobre qual das duas concepções seria juridicamente aceitável, concluiu: “ambas”³⁸⁶. Para GIANNINI, seria justo compreender que, sob o enfoque objetivo, o serviço público deveria ser entendido como a atividade cuja atribuição³⁸⁷ não fosse necessariamente assumida pelo poder público. Já a concepção subjetiva, explica GIANNINI, também pode ser compreendida como concepção residual e abrangeria a área de atividades essenciais à coletividade e as áreas de atividade supletivas à atividade privada, que promovessem uma situação de equilíbrio social. O citado autor resume “todas as áreas de atividades objetivamente públicas, excluídas as de atribuição necessária”³⁸⁸.

Tradicionalmente, ou pelo menos desde a conhecida lei de municipalização, a noção de serviço público italiana tem sido deduzida a partir de elencos taxativos de tais atividades. Isso parece ter suprido a necessidade de se delinear um conceito unitário de serviço público. A disciplina normativa dos diversos serviços deu-se no início do século XX, tendo-se completa até o final dos anos 30³⁸⁹. A título de

³⁸⁵ CAIA, op.cit., p. 923.

³⁸⁶ GIANNINI, **Diritto amministrativo** ..., p. 456.

³⁸⁷ GIANNINI prefere não utilizar um vocábulo de natureza técnica nesse caso, por isso prefere a palavra “spettanza” no sentido de atribuição, alçada.

³⁸⁸ GIANNINI, **Diritto amministrativo** ..., p. 457.

³⁸⁹ CASSESE, Sabino. **La nuova costituzione economica**. Roma: Laterza, 2000. p. 83.

esclarecimento, CASSESE³⁹⁰ ensina que a expressão *servizio pubblico* designa as seguintes atividades:

- a) a produção, o transporte e a distribuição de eletricidade,
- b) a exploração de minas, o transporte e a distribuição de gás,
- c) os transportes aéreos, marítimos, ferroviários e os transportes locais,
- d) a busca e a captação de água e sua distribuição, assim como a gestão de aquedutos,
- e) as telecomunicações,
- f) as emissões radiotelevisivas,
- g) o transporte postal,
- h) a gestão de portos e de aeroportos.

3.7 CONSIDERAÇÕES FINAIS E CENÁRIO ATUAL

Ponderadas as três consagradas acepções³⁹¹ de serviço público do direito francês, não estaria incorreto afirmar que a doutrina do direito administrativo italiano desenvolveu tanto o enfoque orgânico quanto o material da citada noção francesa. A sedimentação da noção de serviço público na doutrina italiana não pretendia outra coisa senão fundar o reconhecimento de serviço público num critério unitário, abrangendo aquela parte da atividade não autoritativa da Administração Pública³⁹², e

³⁹⁰ CASSESE, Sabino. L'expérience italienne. *AJDA*, Paris, número especial, p. 143-149, jun. 1997.

³⁹¹ Aqui faz-se referência à concepção material, à concepção orgânica e à concepção formal de *service public*.

³⁹² MERUSI, op. cit., p. 217.

que estaria se alargando com a crescente assunção por parte do Estado de cada vez mais tarefas sociais e econômicas, além de servir como explicação para a atividade econômica exercida pelo instrumento de concessão. Hodiernamente, a expressão “serviço público” pode designar um elenco de atividades, enumeradas acima, organizadas de modo empresarial, caracterizadas pelo interesse que representam para a coletividade.

A noção, no entanto, pode ser encontrada em vários textos legislativos. De todo modo, deve-se entender por “*servizio pubblico*” “uma atividade empresarial exercida por entes públicos (estatais, ou comunais), privadas (sociedades de capital privado) ou de economia mista que não difere substancialmente das atividades de empresas privadas prestadoras de atividades análogas”³⁹³. Nos casos de monopólio legal, o exercício de um serviço público, que não por empresa pública, só pode acontecer por via de concessão. Já as atividades privadas desenvolvidas por profissionais, como a de farmacêutico, ainda que revelem um grande interesse da coletividade, só podem estar sujeitas a um maior controle administrativo. M. S. GIANNINI assevera que, nesses casos, “o interesse público que lhes é inerente, legitima seu controle intensivo”³⁹⁴.

Surgem dessa concepção dois enfoques sobre o serviço público: um sentido objetivo e outro subjetivo. A titularidade de um serviço público gerido ou assumido por uma entidade pública resulta no enfoque subjetivo. Pelo sentido objetivo, há

³⁹³ TRIANTAFYLLOU, *Les mutations ...*, p. 36.

³⁹⁴ *Id.*

serviço público mesmo que a gestão dele se encontre em mãos privadas, mas que, devido à natureza de sua prestação, revele um tal grau de interesse público que a Constituição poderia reservá-lo à Administração Pública. Se não o faz, no entanto, sujeita-o à rigorosa regulamentação.

Silvia MONTESI, extrai da melhor doutrina atual alguns elementos que aglutina na seguinte concepção: “serviço público é um modelo de organização típico, apto a garantir determinadas modalidades de gestão e prestação do serviço, em termos correspondentes à finalidade pública, que orientou a decisão de sua instituição”³⁹⁵.

É forçoso reconhecer, no entanto, que algumas conclusões um tanto pessimistas acerca do “serviço público” no direito administrativo italiano têm um fundo de veracidade. MERUSI³⁹⁶ observou que a introdução de uma organização administrativa nos moldes de organização da atividade privada fundou o “serviço público” italiano sob uma base instável, oscilando entre o direito administrativo e o direito privado. Segundo este autor, nem da teoria do ordenamento setorial, nem da programação econômica pode-se extrair uma disciplina geral do serviço público, passível de aplicação inclusive ao serviço público dito próprio³⁹⁷.

A assinatura do Tratado de Maastricht pode ser considerado como um marco no setor dos serviços públicos também na Itália. As diretivas orientando o processo de liberalização do setor passaram a pressionar pela supressão ou limitação da reserva originária, que no ordenamento italiano estava prevista no artigo 43. Toda a disciplina

³⁹⁵ SILVIA MONTESI, op. cit., p. 277.

³⁹⁶ MERUSI, Fabio. **I servizi pubblici instabili**. Bolonha: Il Mulino, 1990. p. 7 et seq.

³⁹⁷ Id.

relativa a serviços públicos passou a sujeitar-se às regras gerais de concorrência do direito comunitário, em especial, à regra do artigo 86³⁹⁸, que será estudado no capítulo do direito comunitário. Desde já, salienta-se que, de acordo com essa regra, todas as empresas de serviço público estão sujeitas ao regime concorrencial, exceto nos casos em que estas regras sejam obstáculos à persecução das missões que lhes são confiadas.

O direito italiano adotou uma lei de conteúdo semelhante a essa disciplina do Tratado da Comunidade Européia, na redação do artigo 8º da lei 287 de 1990³⁹⁹, onde se verifica que a própria expressão “serviço público” já foi substituída pela expressão comunitária de “serviço de interesse econômico geral”.

A liberalização dos serviços públicos na Itália foi acompanhada, além da lógica concorrencial comunitária, de uma rígida disciplina de regulação para cada setor de serviço privatizado⁴⁰⁰. Para CASSESE, a regulação é, ainda que limitadora do livre mercado sob alguns aspectos, necessária à transição do regime de monopólios ao regime da concorrência⁴⁰¹.

De todo o modo, o direito comunitário introduz na disciplina dos serviços públicos a regra da concorrência. Isso provoca uma necessária adaptação de um

³⁹⁸ Remete-se o leitor ao item específico sobre este artigo do Tratado da Comunidade Européia estudado no capítulo VI.

³⁹⁹ Lei 287/1990 - Art. 8º: “As disposições contidas no artigo precedente (que trata da concorrência, abuso de posição dominante) se aplicam tanto às empresas privadas quanto públicas ou ainda de participação predominantemente estatal. Não se aplicam as disposições acima às empresas que, por disposição legal, exercem a gestão de serviços de interesse econômico geral ou mesmo operam em regime de monopólio no mercado, em tudo que esteja estreitamente conexo ao cumprimento das missões a elas confiadas”.

⁴⁰⁰ Para conhecer a disciplina específica de regulação dos serviços públicos na Itália, sugere-se a leitura de: CASSESE, *La nuova ...*, p. 81-119. Acrescente-se ainda, que o sistema de regulação dos serviços públicos foi instituído pela lei nº 481/1995.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 119.

conceito tipicamente publicístico a um regime próprio do direito privado. O Tratado da Comunidade acaba, por essa via, reconhecendo a possibilidade de uma presença pública residual em matéria de serviço público, desde que demonstrada a incapacidade do mercado satisfazer um dado interesse.

Em conclusão, parece claro que a tendência atual do direito administrativo italiano é de coadunar-se ao modelo proposto nos ditames da CEE. A adoção, pelo direito interno, de um sistema de gestão de serviço público privado e regulamentado indica a tomada de posição quanto ao modelo económico neoliberal intrínseco à União Européia.

4 O SERVIÇO PÚBLICO NA ESPANHA

4.1 INTRODUÇÃO

Sob influência do direito francês, a noção de serviço público foi inserida no direito espanhol, primeiro na doutrina e, num segundo momento, na legislação⁴⁰². A trajetória de desenvolvimento da noção, sua ampla aplicação, suas crises e ressurreições, como alude JIMENEZ-BLANCO⁴⁰³, seguiram as mesmas tendências do direito francês. O resultado desse “eco” doutrinário foi, primeiro, a construção de um conceito amplo de serviço público, depois a tentativa de restringir seu espectro e, finalmente, um conceito técnico jurídico estrito de serviço público, como afirma MORENILLA⁴⁰⁴.

O discreto tratamento dispensado ao tema de “serviço público” pela doutrina clássica do início do século XX limitou-se aos aspectos técnicos da instituição e às respectivas regras relativas ao seu funcionamento⁴⁰⁵.

Garrido FALLA parece figurar dentre os poucos que encontram na noção uma importância maior para o direito administrativo espanhol. Além disso, não se ignore o grande “bloqueio” à qualquer doutrina de viés socialista, ou solidarista, durante os anos da ditadura do General Franco, entre os anos de 1936 até 1975.

⁴⁰² JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Les services publics en Espagne. In: EUROPE, concurrence et service public. Bruxelas: Masson/Armand Colin, 1995. p. 163.

⁴⁰³ Id.

⁴⁰⁴ MORENILLA, op. cit., p. 110.

⁴⁰⁵ MODERNE, Les transcriptions ..., p. 45.

Nesse período, pôde ser constatada uma afiliação do direito administrativo espanhol à acepção orgânica de serviço público, ou seja subjetiva, vinculada à titularidade estatal⁴⁰⁶.

Garrido FALLA⁴⁰⁷ reitera que a noção de serviço público é “tipicamente francesa”, embora posteriormente o instituto tenha adquirido características próprias na Espanha. Essa remodelagem do conceito, explica esse autor, deve-se à influência da doutrina italiana e alemã sobre o direito administrativo espanhol. Ademais disso, o tema recebeu um aporte relevante da própria doutrina espanhola, desvinculando-o da realidade francesa para inseri-lo no contexto espanhol. A noção de serviço público voltou a receber novas considerações doutrinárias em virtude da edição da Constituição de 1978, como será visto mais adiante.

4.2 PRIMÓRDIOS DA ELABORAÇÃO DO CONCEITO

Embora o direito espanhol tenha sofrido direta influência da doutrina francesa de serviço público, podem-se destacar algumas diferenças⁴⁰⁸ importantes quanto à função dessa noção no direito espanhol. Tanto na França quanto na Espanha, encontra-se uma jurisdição administrativa atribuída a um tribunal específico. Isso coloca de imediato o problema da delimitação de competência do contencioso administrativo.

⁴⁰⁶ Consulte-se, nesse sentido: MODERNE, **Les transcript(s)3B Les transcriptions**

⁴⁰⁷ FALLA, Garrido. El concepto de servicio publico en derecho español. **RAP**, Madri, n. 135, p. 10 et seq., 1994.

⁴⁰⁸ Confira-se brilhante estudo de: Id. Esse texto foi publicado também sob o título **Le concept de service public en droit espagnol**, em *Vers un service public européen*. Sob a direção de L. GRARD, J. VANDMME e F. van der MENSBRUGGHE. Paris: ASPEurope Editions, 1996, p. 82 et seq.

Como antes apontado, a noção de serviço público desenvolveu-se na França exatamente em torno dessa necessidade de definir a competência do tribunal administrativo. Porém, na Espanha essa competência é delimitada em virtude de um outro conceito: o ato administrativo⁴⁰⁹. Por essa diferença, já se pode concluir que o tema “serviço público” não mereceu mesma atenção da doutrina espanhola, como se deu na França. Isso não significou, no entanto, que a noção tenha sido reputada inútil na matéria de delimitação de competências.

Garrido FALLA aponta que, nos caso de contratação administrativa e de responsabilidade patrimonial das Administrações Públicas, é relevante o conceito de serviço público para o fim de delimitar competências⁴¹⁰. Constatada a existência de algum litígio envolvendo partes de um contrato administrativo ou diante da necessidade de imputar responsabilidade por ato de concessionário de um determinado serviço, tem-se claro que a questão deve ser remetida imediatamente para o contencioso administrativo. Afasta-se, portanto, aquela função reservada na França ao instituto, em seus primórdios, relacionada com a necessidade de um critério de definição de competência do contencioso administrativo.

Consigna-se o início da utilização da expressão “serviço público” por uma lei dos Conselhos Provinciais, de 1845, em que surge como um critério de delimitador da jurisdição civil e do contencioso-administrativo com relação aos contratos da

⁴⁰⁹ FALLA, *El concepto ...*, p. 10.

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 10 et seq.

Administração para todo o tipo de serviço e obras públicas⁴¹¹. A partir dessa lei, outros documentos legais⁴¹² passaram a fazer referência a uma noção genérica de serviço público, tal como difundida na França.

A consagração institucional da noção de serviço público ocorreu, com a incorporação do conceito no Código Civil de 1889⁴¹³. Mas seria excessivo extrair desses dados a inferência de que o conceito de “serviço público” já existisse ou fosse dominado no direito espanhol.

Enquanto, na França, o espectro de serviços públicos aumentava rapidamente, já no final do século XIX, com a inserção de serviços públicos do tipo transporte, energia, comunicações, o crescimento dessas atividades na Espanha deu-se somente no século XX⁴¹⁴. Até então, os princípios característicos de um modelo de Estado liberal vigiam soberanamente e ao Estado reservava-se uma atividade relativa ao seu exercício de autoridade, do tipo organização da justiça, segurança e ordem pública.

BORJA e SERRA⁴¹⁵ destacam que um dos motivos da tardia adoção de medidas de desenvolvimento social na Espanha foi o período do Estado monárquico, entre 1875 e 1931, durante o qual a participação das classes média e de trabalhadores pouco influenciou os desígnios da política pública.

⁴¹¹ MORENILLA, op. cit., p. 119. O autor faz aprofundado trabalho de levantamento histórico da noção de serviço público, com ricos detalhes que podem ser consultados pelo leitor na obra citada.

⁴¹² Citam-se alguns: Código Penal de 1848 e 1850, leis acerca dos serviços públicos em espécie: transporte ferroviário – 1855 e 1877, telégrafos- 1855, telefonia – 1882, são alguns referidos na obra de MORENILLA, op. cit., p. 119.

⁴¹³ Id.

⁴¹⁴ BORJA, Jordi; SERRA, Albert. Les services publics en Espagne. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 215.

⁴¹⁵ Id.

Nesse período, a obra de 1898 de Adolfo Posada⁴¹⁶ trouxe, pela primeira vez, para a Espanha a noção de serviço público desenvolvida na França. Sob influência de DUGUIT e de JÈZE, o autor elaborou o seguinte conceito: “Em geral, deve-se entender por serviço público do Estado, aquele que implica uma utilidade que serve de modo mediato ou imediato à coletividade como tal”⁴¹⁷. Pode verificar-se que, por conta da novidade da noção, a sua definição era bastante ampla. Segundo MARTÍNEZ MARÍN, esse conceito foi uma “recepção não digerida” do conceito francês de serviço público, eis que marcado pela falta de originalidade e destituído de amparo em qualquer texto legal, jurisprudência ou doutrina espanhola⁴¹⁸. Ainda assim, é possível extrair da definição algumas características: o Estado como titular do serviço, a materialidade do bem prestado e a destinação ou fim coletivo. São os elementos identificados pela noção francesa de serviço público.

Em 1923, Garcia OVIEDO⁴¹⁹ apresentou um ensaio sobre o “serviço público” que agregava aos ensinamentos da escola de Bordeaux os elementos doutrinários italianos e alemães, além de levar em consideração a produção da doutrina espanhola até aquele momento. Segundo esse estudo, poderiam ser destacadas quatro características principais dos serviços públicos. Consoante OVIEDO, os serviços

⁴¹⁶ Trata-se do *Tratado de Derecho Administrativo*, de Adolfo Posada, de 1898, como ensina JIMENEZ-BLANCO, op. cit., p. 163.

⁴¹⁷ Id.

⁴¹⁸ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española. In: ACTUALIDADES y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid: Complutense, 1992. v. 2, p. 1382.

⁴¹⁹ Garcia OVIEDO foi, talvez, o doutrinador mais influenciado pela escola de Bordeaux, especialmente por JÈZE. Assim afirma: MORENILLA, op. cit., p. 115. Para Antonio MARTÍNEZ MARÍN, o ensaio sobre a teoria do serviço público de García OVIEDO é ainda o mais completo trabalho realizado acerca do conceito na doutrina espanhola. MARTÍNEZ MARÍN, op. cit., p. 1382.

públicos estariam sujeitos aos critérios de finalidade, vinculados à titularidade pública, obedeceriam a uma determinada forma de prestação e, por último, teria um regime jurídico peculiar⁴²⁰. Não é incorreto ressaltar que, de acordo com esses critérios, existia uma adequação entre os elementos subjetivo e material da noção serviço público, que permitiram a sua ampla difusão na doutrina, na jurisprudência e na legislação.

Para OVIEDO, as funções de serviço público devem ser compreendidas como integrantes das atividades da Administração. Ou seja, claro estava que a estrutura administrativa do Estado assumia o atendimento a uma necessidade material da coletividade, como forma de garantia prestacional aos cidadãos⁴²¹.

Outro aspecto que merece destaque é que o conceito de serviço público tal como formulado por Garcia OVIEDO foi precisamente o alvo das críticas que a noção recebeu a partir de meados dos anos 20. A chamada “crise do serviço público” ocorreu em virtude da ruptura dos elementos do conceito, em especial, da quebra do liame entre o elemento orgânico (titularidade, para a doutrina espanhola) e o elemento material (a atividade em si).

Sobre esse período inicial da existência de uma noção de serviço público, pode-se concordar com Gaspar Ariño ORTIZ⁴²², para quem o “serviço público” integrava um âmbito mais amplo do direito público, que é a dos fins do Estado. Parte-

⁴²⁰ JIMENEZ-BLANCO, op. cit. p. 163.

⁴²¹ Recorde-se ainda, que a noção difundida a essa época revelava a transição do modelo de Estado liberal para um Estado, se não exatamente de Bem-Estar Social, pelo menos com a ambição de ter alguma orientação social. Ressalte-se que o regime monárquico ainda vigente nesse período, possivelmente não abraçava a ideologia que permeava a construção doutrinária de serviço público. Ou seja, o modelo monárquico tende a não se sujeitar a limitações que são fundamentais para que se possa compreender a própria noção de serviço público.

⁴²² ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y estado: crisis y reforma del setor público**. Madrid: Marcial Pons, 1993. p. 276.

se do pressuposto de que o Estado existe para atender o interesse coletivo e que, para tal, lança mão de um grande rol de responsabilidades, dentre as quais algumas podem ser identificadas como sendo serviços públicos. Essa foi a ideologia que justificou, inclusive, o crescimento da atividade econômica do Estado, para se atingir o modelo do Bem-Estar.

Finalmente, desse período de “assentamento” da doutrina em torno da idéia de serviço público resultou uma concepção espanhola que rompeu com a sua origem francesa. Os juristas espanhóis parecem ter acordado que a disciplina jurídica do serviço público não seria, entre eles, o núcleo do direito administrativo, ou do direito público. Para a doutrina espanhola, o serviço público consolidou-se como uma parte da atividade administrativa⁴²³, não seu todo.

É pertinente complementar, ademais, que também no plano legislativo, em que se encontram inúmeras alusões à concepção de serviço público, não existe um conceito unívoco. Encontra-se, em leis administrativas, ora a noção como sinônima de competência administrativa, ora como critério orgânico, ora como critério funcional e, ainda, como um conceito estritamente técnico⁴²⁴.

4.3 A DUPLA CRISE DA NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A noção de serviço público evoluiu para um lugar próprio dentro da doutrina espanhola desde que foi “importada” da experiência francesa. Entretanto não ficou

⁴²³ MARTÍNEZ MARÍN, op. cit., p. 1385. Este autor afirma, ainda, que não há um só administrativista espanhol que encontre o fundamento do Direito público ou do direito administrativo na noção de serviço público.

⁴²⁴ MORENILLA, op. cit., p. 121.

imune à crise doutrinária sofrida pelo conceito no país de origem. Também no âmbito nacional, ou seja na doutrina espanhola, o conceito enfrentou os óbices impostos a todo o regime democrático pela ditadura do General Franco.

4.3.1 A Crise Externa Geral

Sobre um certo ângulo, a Espanha vivenciou o mesmo processo de crise do instituto do serviço público enfrentado em outros países. Em resumo, a crise do serviço público pode ser atribuída à ampliação das atividades estatais. O aumento da intervenção do Estado na atividade privada fez com que se rompesse o vínculo dos critérios orgânico e funcional, Essa fratura conduziu à crise da noção de serviço público que foi sentida mais acentuadamente na Espanha nos anos 50. A noção perdeu o seu prestígio pela falta de consistência, em especial para explicar e justificar o aumento da intervenção do Estado na economia. Na mesma linha conclui MARTÍNEZ MARÍN: “A crise doutrinária da noção de serviço público foi causada pela evolução jurisprudencial francesa que, ante a múltipla e diversa atividade administrativa e sua correspondente regulação jurídica, evolui da unicidade e uniformidade para a diversidade e complexidade”⁴²⁵.

A crise generalizada do conceito de serviço público produziu efeitos no contexto espanhol, inclusive com um clássico debate doutrinário entre os doutrinadores Villar PALASÍ e Garrido FALLA, como se terá a oportunidade de ver logo adiante.

⁴²⁵ MARTÍNEZ MARÍN, op. cit., p. 1389.

4.3.2 A Crise Interna Específica

Alude-se à crise interna espanhola do conceito de serviço público para indicar a situação vivenciada durante o período em que a Espanha esteve sob administração de Franco. No espaço de tempo entre 1939 e 1975, os administrativistas viram-se diante de um grande desafio: compatibilizar uma noção de origem democrática com um governo ditatorial. O instituto do serviço público, na sua configuração francesa, resultou dos anseios revolucionários e pressupunha a vigência de um Estado de Direito. Já o governo Franco, como uma ditadura militar, fundou-se no sistema da “força”, no poder de mando do governante. Diante desse cenário, parece não ter havido outra alternativa aos juristas espanhóis que a busca por um conceito instrumental, técnico-jurídico.

4.4 A TENTATIVA DE FORMULAR CONCEITO TÉCNICO-JURÍDICO

A reação da doutrina espanhola diante da dupla crise foi buscar um conceito técnico-jurídico de serviço público, que tivesse, de fato, utilidade jurídica. Aconteceu então uma polêmica⁴²⁶ entre dois dos principais juristas espanhóis, Garrido FALLA e Villar PALASÍ.

Destacam-se, inicialmente, algumas considerações sobre a gênese do serviço público propostas por Villar PALASÍ. Segundo esse jurista, a idéia de serviço público se diferencia de muitos outros institutos do direito administrativo de influência

⁴²⁶ Essa polêmica é exposta por MORENILLA, op. cit., p. 122, da qual se apresenta um resumo.

francesa pelo fato de não ter sido herdado do *Ancién Regime*. A noção de serviço público nasce das idéias oriundas da Revolução Francesa, o que, segundo apontou mais tarde Ariño ORTIZ, revela o caráter institucional (finalista) do conceito⁴²⁷. Portanto, a atuação finalística do Estado para atingir o bem comum do povo não se confundia com a atuação meramente instrumental do Estado.

Com surgimento da atividade empresarial do Estado, uma significativa mudança transformou as instituições administrativas, alterando o conteúdo do direito a elas atinente. A noção de serviço público mostrou-se incompatível com a atividade econômica do Estado. Por esse motivo, tinha se tornado necessário acrescentar à tradicional ação administrativa de polícia, fomento e serviço público, uma nova categoria de ação, a qual PALASÍ chamou de “gestão econômica”. A gestão econômica teria como objeto a prestação de bens a serem colocados no mercado, daí a expressão conhecida como “cessão de bens ao mercado”⁴²⁸. Essa atuação diferiria do serviço público, na acepção de atividade administrativa de prestação versando sobre utilidades imateriais. Por seu turno, os bens provenientes da “gestão econômica” do Estado seriam bens materiais, bens de produção. O argumento do ilustre jurista jungia-se ao fato de que a qualificação de serviço público tinha por efeito a adoção de regras derogatórias do direito privado, enquanto que à gestão econômica, via cessão de bens ao mercado, deveria ser aplicado, sem exceção, o regime jurídico de direito privado.

⁴²⁷ ORTIZ, *Economía y ...*, p. 277.

⁴²⁸ Garrido FALLA refere-se à “dação de bens ao mercado” no sentido de produção de bens. FALLA, *El concepto...*, p. 14.

Diversamente posicionou-se Garrido FALLA, para quem era desnecessário criar uma nova figura jurídica para qualificar atividades econômicas de interesse público desenvolvidas pelo Estado. Para ele, a situação se resumia na identificação ou de um serviço econômico e industrial regido pelo direito privado ou de uma atividade essencial e formalmente privada realizada pela Administração⁴²⁹. Esse autor alegou que o caráter de serviço público não poderia ser identificado nem pela terminologia adotada, nem pelo regime jurídico aplicável. Assim, parece ser possível afirmar que o mais conveniente, para o consagrado autor, era manter a noção ampla e elástica de serviço público incluindo, no conceito existente, os serviços econômicos prestados diretamente pelo Estado. Garrido FALLA sugeriu, portanto, que o conceito de serviço público em direito espanhol fosse definido levando em conta a classificação do modo pelo qual a Administração busca a satisfação do interesse coletivo: por meio da coação (poder de polícia), por meio do fomento, ou por meio da estruturação de prestações (atividades de serviço público)⁴³⁰.

Essa polêmica teve a participação de García de ENTERRRIA, que colocou a questão de outro modo, ainda que afiliado à proposta doutrinária de PALASÍ. Sua análise do problema recaiu sobre a questão do monopólio público de um determinado serviço. Caso um serviço estivesse gravado com o selo de organização exclusiva da Administração, tratar-se-ia de serviço público. O que caracterizaria a “gestão econômica” seria a não-exclusividade de um prestador público atendendo uma

⁴²⁹ MORENILLA, op. cit., p. 123.

⁴³⁰ FALLA, **El concepto** ..., p. 20. Essa classificação que o autor julga satisfatória para explicar o modo pelo qual a Administração busca atingir a satisfação do interesse coletivo tem origem no ensinamento de Jordana de POZAS, consoante explica Garrido FALLA.

determinada necessidade pública, ou melhor, a inexistência de um monopólio público sobre determinada prestação. A atuação estatal pela “cessão de bens ao mercado” representava a intervenção do Estado na economia, em concorrência com os particulares.

4.5 A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1978

É possível afirmar que alguns anos depois da Constituição de 1978 o tema do serviço público voltou a receber alguma atenção dos juristas espanhóis, sem que esse tratamento doutrinário resultasse numa nova teoria.

O fato de a nova carta constitucional ter refletido a influência do direito germânico sobre o direito espanhol importou uma mudança no modo de tratamento de algumas matérias. Essa influência disse respeito, especialmente às matérias essenciais, como direitos fundamentais e autonomias territoriais⁴³¹. Ao lado dessa mudança, ocorreu a consagração constitucional de um novo modelo de relações econômicas que, de algum modo atingia os serviços públicos.

4.5.1 Colocação Geral da Questão

Para MORENILLA⁴³², dessa expressa alusão constitucional a um sistema econômico poder-se-ia extrair a conclusão de que se instalou na Espanha uma economia social e mista de mercado. Primeiramente economia de mercado porque

⁴³¹ JIMENEZ-BLANCO, op. cit., p. 163.

⁴³² O raciocínio do autor foi resumido aqui e pode ser consultado em: MORENILLA, op. cit., p. 177 et seq.

assim está inscrito no art. 38 da Constituição espanhola, onde são consagrados os princípios da propriedade privada, livre empresa e livre concorrência. Porém, não se trata de uma economia de viés inteiramente liberal, mas sim de uma economia **social** de mercado que encontrava limites nos objetivos de um modelo de Estado Social⁴³³, tais como a solidariedade, o progresso social, a distribuição de renda e a prestação de serviços vitais aos cidadãos. O autor destaca que, existe uma conexão entre Estado Social de Direito e economia social de mercado⁴³⁴, ainda que sejam conceitualmente distintos. Tal posição deriva, em última análise, de um momento político e social novo vivido após anos de um regime ditatorial, que retardou, pelo menos na Espanha, a implantação de um Estado Social.

Finalmente, MORENILLA assevera que o caráter misto da economia de mercado deriva da possibilidade de participação tanto do setor público quanto do setor privado como agentes econômicos, sujeitos, ambos, às regras de livre concorrência. Em outras palavras, deve-se entender que, no momento em que a Administração resolve inserir-se no mercado, para atuar num ramo de atividade econômica qualquer, sujeitar-se-á a um regime de direito privado, compatível com as leis de mercado.

A partir desse novo enfoque constitucional, a matéria de serviço público passou a receber críticas na medida em que representava uma limitação ao direito fundamental de livre empresa, o qual passou se encontra sob proteção constitucional⁴³⁵ pelo artigo 38 da Constituição Espanhola. As críticas, por óbvio, passavam pela

⁴³³ Conforme o artigo 1º da Constituição espanhola.

⁴³⁴ MORENILLA, op. cit., p. 178.

⁴³⁵ Confirma-se sobre o tema o já citado artigo de JIMENEZ-BLANCO, op. cit., p. 163 et seq.

intervenção do Estado no domínio econômico, com os regimes de monopólios públicos⁴³⁶. Nesse sentido também se manifestou Franck MODERNE, para quem o artigo 128.2 da Constituição “coloca em questão as difíceis relações entre a liberdade de empresa e a existência de serviços públicos colocados sob a titularidade exclusiva do Estado, especialmente no domínio econômico”⁴³⁷

Gaspar Ariño ORTIZ propugna, de longa data e até os dias atuais, que a liberdade de empresa é um elemento mais do conjunto de direitos fundamentais que são a base do ordenamento econômico⁴³⁸. Para esse mestre espanhol, a liberdade de empresa tem *status* axiológico superior aos princípios relativos ao “Estado Social e Democrático de Direito”, na medida em que faz parte de um “modelo-padrão”, juntamente com os princípios da propriedade privada, economia de mercado, iniciativa privada e defesa da concorrência.

No entanto, outra corrente se alinhou em sentido distinto⁴³⁹, compreendendo que é possível haver legislação restritiva do direito de liberdade de empresa, desde que em equilíbrio com demais previsões constitucionais⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Dentre os juristas que atacavam essa atuação do Estado, o que parece ter mais se destacado foi ORTIZ, cujo pensamento colidia-se frontalmente com o de C. CHINCHILLA. Consulte-se: Id..

⁴³⁷ MODERNE, *Les transcriptions* ..., p. 49.

⁴³⁸ Veja-se a importante obra de: ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de derecho público econômico**. Granada: Comares, 1999. p. 213, onde há referência à vasta produção anterior do autor.

⁴³⁹ MORENILLA, op. cit., p. 181.

⁴⁴⁰ Esposou esse entendimento o Tribunal Constitucional Espanhol com a seguinte decisão: La liberdade de empresa...se ejerce dentro de un marco general configurado por las reglas tanto estatales como autonómicas, que ordenan la economía de mercado, y, entre ellas, las que tutelan los derechos de los consumidores, preservam el medio ambiente u organizan el urbanismo y una adecuada utilización del territorio.” (STC 227/1993).

4.5.2 A Disciplina Constitucional Específica

MARTÍNEZ MARÍN aponta que a Constituição de 1978 reconheceu, pela primeira vez no direito espanhol, a separação entre o direito público e o direito privado, o que implicou reflexos imediatos sobre as modalidades de regulação dos serviços públicos. Segundo o autor, esse fato provocou abundante e rigoroso estudo dessa disciplina pela doutrina espanhola⁴⁴¹.

Encontram-se vários dispositivos constitucionais que empregam as expressões “serviços essenciais”⁴⁴² e “serviço público”. Dentre eles, o artigo 28.2 que trata de assegurar o funcionamento dos serviços essenciais em caso de greve dos trabalhadores do setor. Cita-se ainda, o artigo 158.1, que diz respeito ao financiamento das Comunidades Autônomas no sentido de garantirem um nível mínimo de prestação dos serviços públicos fundamentais.

Outro dispositivo que envolve o tema serviço público e merece detida atenção é o artigo 128.2 da Constituição Espanhola⁴⁴³, que estabelece: “Reconhece-se a iniciativa estatal na atividade econômica. Mediante lei, poder-se-ão reservar ao setor público recursos ou serviços essenciais, especialmente no caso de monopólio, como também autorizar a intervenção de empresas, quando assim o exigir o interesse geral”.

⁴⁴¹ MARTÍNEZ MARÍN, op. cit., p. 1395.

⁴⁴² Podem-se entender os serviços essenciais tal como definido na decisão de 17 de julho de 1981, STC 26/1981, como sendo “as atividades industriais ou comerciais das quais derivam as prestações vitais ou necessárias à vida da comunidade.”

⁴⁴³ DE LA CUÉTARA afirma que esse artigo representa o “campo próprio dos serviços públicos”. (CUÉTARA, Juan Miguel de la. *Perspectivas de los servicios públicos españoles*. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 68).

Num primeiro momento, observa-se que a Constituição Espanhola incorpora a idéia de serviço público através de uma “reserva” de certas atividades ao setor público. Sem estabelecer quais seriam esses serviços, deixa a possibilidade de o legislador escolher as áreas de atuação pública, especialmente onde se demonstrar necessidade de monopólio.

A expressão “reservar” merece especial destaque no estudo desse artigo. A partir dessa idéia, supunha-se possível se extrair o âmbito de eleição de atividades a serem consideradas serviço público.

O artigo 128.2 provocou uma cisão na doutrina quanto à forma de entender a noção de serviço público, com duas concepções principais, uma ampla e outra restritiva⁴⁴⁴, tal como ensina Elizenda M. GARCIA⁴⁴⁵.

A visão ampla⁴⁴⁶ entende o serviço público como uma parte da atividade administrativa cuja atribuição é garantir aos cidadãos um certo conjunto de prestações contínuas e regulares. Esse seria, inclusive, um critério capaz de delinear duas áreas de atuação: a esfera pública e a iniciativa privada, pois em se tratando de fornecimento de utilidades aos cidadãos, os prestadores estariam obrigatoriamente inseridos num regime de direito público, cuja participação de particulares só seria possível mediante algum tipo de autorização ou de concessão. Esse posicionamento é, ao que parece,

⁴⁴⁴ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les mutations qui affectent le service public dans le droit public espagnol. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communnauté**: entre l’itérêt general et le marché. Paris: La documentation française, 1998. t. 2, p. 6 et seq.

⁴⁴⁵ GARCIA, Elisenda Malaret. L’experience espagnole. **AJDA**, Paris, número especial, p. 140-141, jun. 1997.

⁴⁴⁶ Alinham-se com esse posicionamento, por exemplo, Garcia de ENTERRÍA, e Fernández RODRIGUEZ, como assinala: BURGORGUE-LARSEN, op. cit., p. 6, em nota de rodapé.

bastante conservador em face das reformas processadas na Espanha durante os anos 90.

Por outro lado, existe uma concepção restritiva de serviço público⁴⁴⁷, mais técnica dir-se-ia, e que se funda no texto da segunda parte do já citado art. 128.2, especificamente na passagem em que se aludem a monopólios e intevencões empresariais. Para os seguidores dessa corrente, somente se trata de serviço público quando se fala de atividade essencial de prestação, reservada à esfera pública, e excepcionalmente (via autorização), exercida por particulares⁴⁴⁸.

A questão relativa aos serviços públicos no âmbito da Constituição espanhola tem relação direta com o modelo econômico a que ela se afilia. Caso se adote uma concepção subjetiva de serviço público, a liberdade de empresa poderá ficar reduzida pelo disposto no artigo 128.2. No entanto, tomando-se a concepção funcional de serviço essencial, abre-se espaço maior para o desenvolvimento da livre iniciativa⁴⁴⁹.

4.5.3 O Serviço Público como um Imperativo Ético

Como aponta Garrido FALLA⁴⁵⁰, em princípio todos os serviços públicos devem ser essenciais, mas nem todos os serviços essenciais são serviços públicos, não só nos casos de gestão privada, mas de titularidade privada também.

A idéia de solidariedade social que permeia a noção de serviço público de Léon Duguit não encontrou críticas na doutrina, possivelmente por ter sido reputada

⁴⁴⁷ BURGORGUE-LARSEN, op. cit., p. 6.

⁴⁴⁸ GARCIA, op. cit., p. 141.

⁴⁴⁹ MODERNE, *Le transcriptions* ..., cit., p. 49.

⁴⁵⁰ FALLA, *El concepto* ... p. 19.

irrelevante para o mundo jurídico. No entanto, essa faceta da noção de serviço público não perdeu, de todo, seu prestígio. É o que se infere das palavras de Chinchilla MARÍN: “A cláusula do Estado social se identifica com as idéias de solidariedade social (Duguit) e procura existencial (*Daseinvorsorge*, de Forsthoff)”⁴⁵¹.

Na doutrina espanhola, Serrano TRIANA, foi responsável pela identificação da idéia de serviço público a um “imperativo ético”. Segundo essa idéia o serviço público seria um “dever” imposto ao Estado que estaria obrigado a assegurar o fornecimento ininterrupto de certas prestações. Porém, argumenta-se, usualmente, um imperativo ético não se traduz em um dever jurídico⁴⁵². Ou seja, segundo esse entendimento, uma prescrição tal como a cláusula social do artigo 1º da Constituição espanhola ou a do artigo 9.2⁴⁵³ não geraria o reclame imediato desses direitos pelo cidadão. Essa tese não deve prevalecer, no entanto, consoante adverte Chinchilla MARÍN, uma vez que “toda a Constituição tem valor normativo direto e imediato e carece de preceitos vazios ou retóricos”⁴⁵⁴. Disso, infere-se que uma atividade erigida à categoria de serviço público e que seja imputada ao Estado como uma obrigação,

⁴⁵¹ MARÍN, Carmem Chinchilla. **La radio-televisión como servicio público esencial**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 75.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 78.

⁴⁵³ Artigo 1º:” 1) A Espanha se constitui em Estado social e democrático de direito, que propugna como valores superiores do próprio ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político.” Artigo 9.2: “ É tarefa do poder público promover as condições a fim de que a liberdade e a igualdade do indivíduo, e do grupo em que ele se integra, sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou o tornem difíceis a sua plena aplicação e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social.” Consulte-se: PALICI DI SUNI PRAT, Elisaertta; CASELLA, Fabrizio; COMBA, Mario. **Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea**. 2. Ed. Padova: Cedam, 2001.

⁴⁵⁴ MARÍN, *op. cit.*, p. 80. A autora afirma que para os serviços públicos reservados à responsabilidade de satisfação e cumprimento pelo Estado cabem duas vias de ação: por um processo sumário perante os Tribunais ordinários, e por via do “recurso de amparo” perante o Tribunal Constitucional.

deverá ser assegurada pela Administração sob pena de se estarem omitindo prescrições constitucionais.

4.6 A TENTATIVA DE FORMULAÇÃO DE UM CONCEITO

De todo o modo e para permitir uma avaliação mais precisadas concepções vigentes na Espanha, podem ser cotejadas as definições propostas por dois autores de orientação filosófica distinta.

Garrido FALLA propõe que o serviço público no direito espanhol seja entendido dentro de uma perspectiva de atividade administrativa realizada para satisfazer o interesse coletivo e que seja definido como um “serviço técnico prestado ao público de um modo regular e constante mediante uma organização de meios pessoais e materiais cuja titularidade pertence a uma Administração pública e sob um regime jurídico especial”⁴⁵⁵.

Gaspar Ariño ORTIZ apresenta o conceito estrito de serviço público como “aquela atividade própria do Estado ou de outra Administração pública, de prestação positiva, com a qual, mediante um procedimento de Direito público, assegura-se a execução regular e contínua, através da organização pública ou por delegação, de um serviço técnico indispensável para a vida social”⁴⁵⁶.

Das definições acima postuladas, podem ser extraídas algumas conclusões.

⁴⁵⁵ FALLA, *El concepto* ..., p. 20 e 21.

⁴⁵⁶ ORTIZ, *Principios de* ..., p. 495.

Do conceito proposto por Garrido FALLA destaca-se o aspecto técnico da prestação de serviço público, que o diferencia de outros tipos de atos administrativos de cunho burocrático. Assim, seriam prestações técnicas o ensino universitário, a assistência médica e o transporte público, para citar alguns. Já ORTIZ prefere referir-se à prestação positiva para diferenciá-la dos outros dois tipos de ação administrativa (polícia e fomento), acrescentando também, em sua definição, o caráter técnico do serviço.

Ambos doutrinadores reconhecem o aspecto teleológico da prestação: finalidade pública (para o público ou indispensável à vida social). Os destinatários da atividade de serviço público são os cidadãos igualmente considerados. ORTIZ assevera, ainda, que do direito abstrato à prestação deriva um direito de exigí-la judicialmente⁴⁵⁷.

É inquestionável para ambos os estudiosos a titularidade pública da atividade prestada, admitindo-se, por óbvio, a dissociação entre titularidade e gestão para serviços concedidos aos particulares. Nesse particular, é relevante a advertência de que nem sempre o serviço público exigirá o monopólio *de iure*. Tal posição deriva, em última instância, da constatação fática de que poderá haver uma prestação que seja de titularidade pública, mas que seja também realizada por particulares, como no caso dos serviços públicos assistenciais⁴⁵⁸: saúde, educação, por exemplo.

⁴⁵⁷ A questão não é pacífica na doutrina. Consulte-se ORTIZ, **Princípios de ...**, p. 501.

⁴⁵⁸ Consulte-se para aprofundamento na matéria: *Ibid.*, p. 497.

Os princípios da regularidade e continuidade da prestação também são elementos distintivos de serviço público apontados pelos dois juristas. A continuidade e a regularidade dos serviços públicos encontram amparo legal no artigo 28.2 da Constituição Espanhola e devem ser sopesados, com respeito ao princípio da proporcionalidade, para não colidir com o direito de greve, garantido aos trabalhadores. Garrido FALLA alude à exigência da manutenção de um atendimento mínimos para os serviços considerados essenciais⁴⁵⁹.

Finalmente, pode aludir-se à sujeição a um regime jurídico especial, um regime jurídico de direito público. Para Garrido FALLA⁴⁶⁰, esse é o ponto fundamental da crise em torno da noção de serviço público. A possibilidade de se qualificarem como serviços públicos atividades que se sujeitem ao direito privado representa uma enorme modificação no tratamento do tema. Destaca ainda o autor que um dos motivos dessa crise é a “fuga” do direito administrativo para o direito privado, abandonando um regime de prerrogativas especiais que o caracterizava. Há pelo menos uma discordância importante entre as opiniões dos dois autores em tela a propósito da questão do regime jurídico.

Enquanto Garrido FALLA admite que pode haver uma uniformidade no regime jurídico de serviço público e de atividades privadas (ou seja pode existir serviço público sob regime jurídico privado), Gaspar Ariño ORTIZ⁴⁶¹ prefere defender que o serviço público goza de proteção especial. Esse ilustre jurista defende com

⁴⁵⁹ FALLA, *El concepto...*, p. 22.

⁴⁶⁰ Id.

⁴⁶¹ ORTIZ, *Princípios de ...*, p. 500.

propriedade que tanto na organização interna de um serviço público quanto nas relações com os usuários, sempre se revela um regime jurídico de direito público.

4.7 SERVIÇOS PÚBLICOS VIRTUAIS OU IMPRÓPRIOS

A doutrina destaca, ainda, a distinção que se faz entre os serviços públicos e os chamados serviços públicos virtuais ou impróprios⁴⁶². Esses serviços merecem especial regulamentação por representarem uma categoria de prestações não atribuídas e não assumidas pela Administração. Trata-se, portanto, de atividades privadas que atendem a uma finalidade da coletividade, prestadas *uti universi*, com regime jurídico de direito privado. Podem ser citados alguns exemplos de serviços públicos virtuais ou impróprios que se estabelecem mediante autorização ou algum tipo de licença: serviços de farmácia, de taxis, alguns tipos de transportes e escolas privadas; atividades bancárias ou de seguros, instituições sanitárias ou assistenciais privadas, e até mesmo serviços de turismo⁴⁶³. Salienta-se que para essas prestações privadas funcionarem regularmente devem submeter-se um rígido controle pela Administração, que lhes impõe uma série de ônus e obrigações. Ainda que o poder público exerça poderes sobre a atividade privada que ostenta esse qualidade de serviço público virtual ou impróprio, não se pode cogitar de transferir para a Administração responsabilidade por atos dos gestores desses serviços.

⁴⁶² MORENILLA enuncia que para essa denominação diversos doutrinadores chegaram a propor diferentes expressões. Assim, destaca o autor, Villar PALASÍ os chamou de “serviços públicos em vias de declaração, PARADA preferiu “pseudopublicização” ou “publicização encoberta”. (MORENILLA, op. cit., p. 134).

⁴⁶³ ORTIZ, **Economia y ...**, p. 306 ou em mais recente publicação onde o texto é reproduzido: ORTIZ, **Principios de ...**, p. 503.

Grandes juristas espanhóis se pronunciaram acerca da questão dos serviços públicos virtuais, sendo que duas posições podem ser distinguidas: por um lado, uma tentativa de estender o conceito de serviço público a ponto de abranger também esses de titularidade privada; por outro lado, uma concepção restritiva que os considera atividades privadas, apenas sujeitas a uma polícia administrativa⁴⁶⁴. ENTRENA CUESTA⁴⁶⁵, por exemplo, destacou, em relação aos serviços de taxi que, embora configurem-se serviços privados, a Administração poderá impor-se, não só exigindo uma autorização para o funcionamento de suas atividades, mas submetendo-os a uma série de regulamentações. Suas considerações a propósito do tema reportam-se ao magistério de M. S. GIANNINI que tratou do assunto sob o título de “serviços de interesse público, afirma MORENILLA⁴⁶⁶.

Em semelhante sentido pronunciou-se Martín RETORTILLO, sobre os serviços de farmácias. Esse autor enfatiza que essas atividades são exercidas inequivocamente mediante autorização administrativa que tem por fim, além de externar o poder de polícia administrativa, agir como promotora de uma para realização de certos valores, assinala Gaspar Ariño ORTIZ⁴⁶⁷.

Sobre o tema específico de centros privados de educação pronunciou-se Gómez FERRER para reforçar a tese de que para a atividade educacional desenvolvida por particulares não se cogita da existência de um regime de concessão e sim de

⁴⁶⁴ ORTIZ, **Principios de ...**, p.503.

⁴⁶⁵ O entendimento de ENTRENA é trazido a conhecimento por ORTIZ, **Economía y ...**, p. 306; ORTIZ, **Principios de ...**, p. 503, e por MORENILLA, op. cit., p. 132.

⁴⁶⁶ MORENILLA, op. cit., p. 132.

⁴⁶⁷ ORTIZ, **Economía y ...**, p. 308 e ORTIZ, **Principios de ...**, p. 503 et seq.

atividade privada programada e controlada pelo Estado. O citado autor recorreu à aceção da doutrina italiana de “serviço público objetivo” para identificar essas atividades⁴⁶⁸.

Para Villar PALASÍ⁴⁶⁹ a força intervencionista exercida pela Administração sobre o particular que presta esse tipo de atividade indicaria a tendência de ocorrer uma *publicatio* dessa categoria de serviços e, portanto, deveriam ser chamados de “serviços públicos em vias de declaração”. Essa orientação doutrinária parece ser a menos sustentável atualmente por supor que exista uma vontade política no sentido da “publicização” de serviços, quando a realidade revela exatamente que se busca o sentido oposto: a privatização ou a assunção por particulares de cada vez mais atividades destinadas a atender o interesse público.

A noção de serviço público virtual ou impróprio tem especial relevância nos tempos atuais, em que se vislumbra uma categoria de atividades privatizadas (total ou parcialmente) em diversos países. Assim, os serviços liberalizados de telecomunicações, energia, gás, água, dentre outros. Esses serviços, que deixaram de ser assumidos e geridos pelo Estado para passar ao gestor privado em regime de livre mercado, continuam tendo especial relevância para a coletividade e, conseqüentemente merecem estar sujeitos a algum tipo de controle. O conceito de serviço público virtual

⁴⁶⁸ ORTIZ, *Economía y ...*, p. 308; ORTIZ, *Principios de ...*, p. 503 et seq. MORENILLA aponta que Gómez FERRER escreveu a respeito desse tema por ocasião da Lei Geral de Educação de 1970. São citados por MORENILLA, ainda, Villar EZCURRA, e Embid IRUJO, conforme se lê em MORENILLA, op. cit., 133. A influência do direito italiano vem sobretudo da obra de Arnaldo de VALLES.

⁴⁶⁹ Sobre essa opinião discorreram ORTIZ, *Economía y ...*, p. 308, ORTIZ, *Principios de ...*, p. 503 et seq. e J. L. Villar PALLASÍ. *La intervención administrativa en la industria*. Madrid: [s.n.], 1964 apud MORENILLA, op. cit., p. 132.

poderá, talvez, pelo seu aspecto objetivo, ter particular utilidade ao se redesenhar essa categoria de serviços, agora em mãos de particulares.

MORENILLA assevera, nesse passo, que há uma tendência de mudança do paradigma jurídico-político e de direito positivo em matéria de serviço público, que vai no sentido de considerar uma prestação como serviço público por um critério objetivo⁴⁷⁰. São precisas as palavras do citado autor: “...o atual processo de ‘liberalização’ dos serviços públicos e sua conseqüente ‘neo-regulação’ parece propiciar a consagração de conceito objetivo ou funcional daqueles como técnica substitutiva que, incluindo a imposição de ‘obrigações de serviço público’, viria a configurar como serviço público às atividades privadas”⁴⁷¹. A questão que se coloca e fica a cargo da doutrina debater é a da sujeição desses serviços a princípios antes característicos da atividade administrativa.

Ariño ORTIZ prefere, desde já, que não se confunda serviço público *strictu sensu* e atividade regulamentada, ainda quando seu desempenho se faça por um particular⁴⁷². Primeiramente, o jurista destaca que se trata de um erro metodológico (ou terminológico) continuar tratando atividades reguladas como serviços públicos virtuais ou impróprios, já que elas possuem regime jurídico distinto. Outro fator distintivo é a fonte normativa e o dever de prestação. Para as atividades reguladas, a fonte é a norma que qualifica uma dada atividade como tal, e sobre a qual será aplicado um bloco normativo após o ato de autorização. Enquanto para os serviços públicos, a fonte é o

⁴⁷⁰ MORENILLA, op. cit., p. 137.

⁴⁷¹ Id.

⁴⁷² ORTIZ, *Economia y ...*, 311 et seq., ORTIZ, *Principios de ...*, p. 507 et seq.

título de concessão, o qual incorpora o regime jurídico de direito público e a titularidade estatal da atividade. A extensão do poder de império sobre as atividades reguladas está restrita ao que diz a norma, prossegue o autor. Já nos serviços públicos propriamente ditos, o poder de império é exercido como *dominus*, sendo que se verifica que o concessionário acaba por integrar a organização administrativa. Em decorrência disso, as sanções aplicáveis no âmbito dos serviços regulados devem ser rigorosamente aquelas previstas em lei, ao passo que para os serviços de titularidade estatal serão aplicados os princípios da legalidade e tipicidade com uma maior elasticidade, já que as sanções não se encontram detalhadamente tipificadas.

Caracteriza, ademais, a atividade regulada (ou serviço público virtual) a possibilidade de renúncia a qualquer tempo, já que se caracteriza como atividade privada e como tal está sujeita a oscilações do mercado, o que não ocorre em serviços públicos concedidos, que se sujeitam a normas contratuais de operação.

4.8 EFEITOS DA LIBERALIZAÇÃO E A “NOVA” NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Também na Espanha, a onda liberalizante tem transformado o cenário da atividade administrativa. Essa liberalização encontra seu fundamento no artigo 90 do Tratado de Roma, o qual prescreveu o fim dos monopólios e consagrou o regime concorrencial. Mas se reconhece que a liberalização que vem acontecendo na grande maioria dos países ocidentais não se confunde com a volta a um modelo econômico liberal do século XIX em que a lógica do mercado era ausente. O elemento

concorrencial do mercado que impõe uma regulamentação capaz de impor garantias e limites à atuação do particular é o grande diferencial dessa fase.

Nos setores das atividades de telecomunicações, energia elétrica, gás e transportes coletivos, para citar alguns, a liberalização suscitou a aparição de agentes reguladores, também na Espanha. Essa transformação representa uma transição inclusive terminológica do que se costumava chamar de serviços públicos. Certamente o critério orgânico, ou subjetivo, não mais responde à necessidade de se qualificar essas atividades liberalizadas. O critério objetivo talvez seja o mais adequado até que a transição chegue a um novo conceito, ou pelo menos uma expressão mais afinada com a realidade. Além disso, o próprio papel da Administração está em transição, o que representa uma enorme modificação no tratamento da matéria. No caso espanhol, considerando que seu direito administrativo é sobretudo um direito de garantias dos administrados mais do que um direito de ação administrativa, como ensina E. M. GARCIA⁴⁷³, torna-se especialmente importante a definição do regime jurídico dessas atividades, da regulação e da posição da Administração diante do binômio liberalização e garantias dos direitos dos usuários.

Pode-se notar na doutrina um debate, se não um verdadeiro conflito entre os postulados da liberdade de empresa e das liberdades públicas. Frank MODERNE⁴⁷⁴

⁴⁷³ GARCIA, op. cit., p. 142.

⁴⁷⁴ MODERNE, Franck. La notion de service public en Espagne. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 347.

identificou uma vertente doutrinária⁴⁷⁵ que não admite que sejam incluídas na idéia de serviço público atividades que, constitucionalmente, identificam-se com as liberdades públicas ou direitos fundamentais. Por exemplo, a educação é um direito fundamental que é garantido constitucionalmente, portanto, não deveria identificar-se como um serviço público. Sob a ótica das liberdades públicas, a configuração da educação como serviço público corre o risco de afetar liberdades constitucionalmente garantidas, tais como a liberdade de empresa (de constituir estabelecimentos de ensino) e mesmo a garantia da liberdade de pensamento (através da imposição de uma dada ideologia)⁴⁷⁶. Uma decorrência importante da compatibilização das liberdades públicas com o âmbito dos serviços públicos é a incompatibilidade de existência de monopólio sobre a atividade que resulta de liberdade pública⁴⁷⁷.

Outra importante restrição que se impõe sobre a nova noção de serviço público diz respeito ao seu caráter excepcional diante da regra genérica de liberdade de mercado. Tratando-se de exceção à regra, sua aplicação, deve por conta disso, ser restrita aos casos em que haja lei formal que o estabeleça. Isso parece estar de acordo com as orientações do Direito Comunitário que tem deixado para os Estados-membros, a tarefa de definir internamente aquilo que entendem, ou querem preservar, como serviço de interesse econômico geral.

⁴⁷⁵ Essa corrente inclui expoentes do direito administrativo moderno tais como Gaspar Ariño ORTIZ, DE LA CUÉTARA e Lopez MUÑIZ, formam um grupo cujo pensamento se filia à corrente neoliberal, segundo a qual os serviços públicos constituem uma exceção à regra geral da liberdade de empresa.

⁴⁷⁶ CUÉTARA, op. cit., p. 77

⁴⁷⁷ Id.

A propósito disso, Cuétara MARTÍNEZ insiste em que um conceito de serviço público espanhol deve coincidir com o conceito de interesse econômico geral do Tratado da Comunidade Européia. Sugere o autor que “O conceito de serviço público que utilizamos na Espanha deve estar apoiado no de ‘serviço de interesse econômico geral’ do tratado de Roma e ser aceito por todos os nossos sócios comunitários”⁴⁷⁸

Ariño ORTIZ alinha-se entre os que afirmam a morte do serviço público, o qual, como teria declarado José Luis VILLAR, mereceria um digno enterro⁴⁷⁹. Contudo, esse ilustre jurista não deixa de considerar que o conceito teve seu mérito e exalta as conquistas sociais produzidas pela sua existência num passado ainda não tão distante.

A transformação do Estado dos últimos anos não se presta, leciona o autor, a eliminar as conquistas alcançadas no plano do atendimento aos cidadãos, mas assume que seria mais realista mantê-las sob a idéia de serviços universais⁴⁸⁰. Enquanto isso, um novo conceito de serviço público poderia ser formulado com vistas a um modelo de regulação econômica do mercado⁴⁸¹.

Segundo Ariño ORTIZ, a ordem do momento é “privatizar”, com a devolução à iniciativa privada das atividades econômicas assumidas pelo Estado. A realidade

⁴⁷⁸ CUÉTARA, op. cit., p. 80.

⁴⁷⁹ ORTIZ, **Principios de ...**, p. 550.

⁴⁸⁰ Esse conceito será estudado com maior detalhes no capítulo sobre o direito comunitário. Desde já, adianta-se que tem origem no direito americano, o qual parece ter influenciado o pensamento atual de G. A. ORTIZ.

⁴⁸¹ O autor expressou sua opinião a respeito do assunto em pelo menos dois textos aos quais remete-se o leitor: ORTIZ, Gaspar Ariño. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 17-54; e ORTIZ, **Principios de ...**, p. 549-603.

exige que o Estado deixe de ser empreendedor e propicie que a ineficiência da administração estatal de atividades econômicas seja substituída pela eficiência da administração privada. Segundo o jurista “hoje é necessário ‘desideologizar’ a política econômica, há que se melhorar os serviços e as prestações”⁴⁸².

Enfim, infere-se que o autor defende que a noção tradicional de serviço público seja substituída pelas noções de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”⁴⁸³, cuja delimitação será traçada em concordância com a contingência histórica e limitar-se-á tanto pelo interesse geral que a atividade enseja, quanto pela liberdade concorrencial.

Apesar da “atualidade” do pensamento de Ariño ORTIZ e dos autores que compartilham sua linha doutrinária, é essencial consignar a posição de um outro segmento da doutrina⁴⁸⁴. Para os juristas dessa outra corrente, o serviço público identifica-se como um meio de evitar que alguns direitos fundamentais sejam fragilizados em face da ausência do Estado em alguns setores. Segundo esse entendimento, não há incompatibilidades entre o âmbito das liberdades públicas (direitos fundamentais) com o âmbito dos serviços de interesse geral (serviços públicos).

Esse debate resume-se, em última análise, à tentativa de compatibilizar a noção interna de serviço público com as imposições do direito comunitário. O disputa tende a se esgotar na medida em que, no âmbito da União Européia, chegue-se mais

⁴⁸² ORTIZ, **Principios de ...**, p. 551.

⁴⁸³ Ambas as noções serão tratadas no capítulo referente ao Direito Comunitário.

⁴⁸⁴ Dentre os juristas dessa linha estão Carmen Chinchilla MARÍN, Martín REBOLLO e Serrano TRIANA.

próximo a conceitos unívocos de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”. É interessante observar que a escolha semântica já vem sendo feita. Por exemplo, na lei de telecomunicações 11/1998, de 24 de abril de 1998, a expressão “serviço público” deu lugar à expressão “serviço de interesse geral”⁴⁸⁵.

A influência da ideologia do mercado, patrocinada pela Comunidade Européia, ampliou as discussões do papel do serviço público também na Espanha e levou à implantação de um modelo econômico orientado pela concorrência. As palavras de Tomás FERNÁNDEZ parecem adotar uma posição ponderada em relação a essa orientação comunitária. Em resumo, diz o autor que o Estado não deve ser sacrificado no altar da concorrência, a qual deve ser promovida e estimulada, porém, sem se tornar objeto de idolatria⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ MODERNE, *La notion ...*, p. 357.

⁴⁸⁶ FERNANDEZ, Tomás R. Empresa pública y servicio público: el final de una época. *CIVITAS: Revista española de Derecho Administrativo*, n. 89, p. 48, jan./mar. 1996.

5 O SERVIÇO PÚBLICO NA ALEMANHA

5.1 INTRODUÇÃO

A abordagem da noção de serviço público no direito alemão não pode ignorar a estruturação do direito administrativo germânico. Este nasceu lentamente, produto de uma cuidadosa elaboração sistemática e científica, no seio da doutrina, como explica Maria Sylvia DI PIETRO⁴⁸⁷. Essa característica, assinala a autora, é um elemento distintivo do direito alemão em comparação com o direito administrativo francês, que tem suas bases nas idéias revolucionárias do século XVIII.

A seguir, esboça-se o quadro evolutivo do direito administrativo alemão e, em seguida, busca-se explicar a matéria relativa às missões de prestações públicas.

5.2 O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO ALEMÃO

Não se pode afirmar que, no século XVIII, o direito alemão⁴⁸⁸ conhecesse o direito administrativo como ciência autônoma. Na verdade, existia apenas o direito administrativo como parte do direito público (*Staatsrecht*). Segundo FORSTHOFF⁴⁸⁹, os motivos que impediram o desenvolvimento de um direito administrativo, tal como o

⁴⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 31.

⁴⁸⁸ É problemático aludir a “direito alemão” no referido período. Lembre-se que a formação histórica da Alemanha envolveu algumas peculiaridades muito próprias, relacionadas com a fragmentação política. A unificação se verificou apenas na segunda metade do séc. XIX, mas o perfil do Estado alemão continuou a sofrer modificações ao longo do séc. XX. Apesar disso, a comunhão de instituições vivenciada antes e independentemente da instauração de uma ordem estatal unificada é que fundamenta a referência a um “direito alemão”.

⁴⁸⁹ FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelas: É. Bruylant, 1969. p. 92.

conhecemos hoje nos países de tradição romanista, encontram-se na estrutura organizacional do Estado e da administração à época do despotismo (*polizeistaatlichen Epoche*). O Estado de Polícia (*Polizeistaat*) vigente na Alemanha do século XVIII era incompatível com a idéia de um Estado limitado ao direito, eis que titular de poderes absolutos, que não se sujeitavam a um controle jurídico.

Em 1808⁴⁹⁰, no entanto, com a instauração de um regime de atribuição de competências a determinadas autoridades governamentais, por um lado, e autoridades administrativas, por outro, e, ainda, com a separação rigorosa da atividade administrativa da atividade jurisdicional, deu-se início a uma fase de institucionalização do direito administrativo.

Muitos estudiosos do direito alemão, dentre os quais se destacaram Robert von Mohl, Lorenz von Stein e Herman Roesler, tentaram elaborar construções científicas sobre as quais deveria se fundar esse novo ramo do direito. Essas construções, no entanto, não se valiam de noções jurídicas, mas sim de conceitos da ciência da administração ou da ciência política.

Surgiu, mais tarde, teoria que reconhece o Estado como pessoa jurídica. Essa teoria foi adotada entre os alemães porque permitiu a compreensão de dois fenômenos distintos: a soberania do Estado e as relações jurídicas bilaterais entre o Estado e os administrados. Influenciado por essa teoria, especialmente pelo desenvolvimento metodológico proposto por Carl Friedrich GERBER, a celebrada obra de BÄHR⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Refere-se ao Publikandum de 16/12/1808 e da Ordem de 26/12/1808.

⁴⁹¹ Trata-se da obra *Der Rechtsstaat*, de 1864. Confira-se, para maiores aprofundamentos: FORSTHOFF, op. cit., p. 103.

propôs que o direito administrativo fosse construído com ingredientes conceituais oriundos do direito privado e do processo civil. Essa formulação parece ter realmente impulsionado o desenvolvimento do direito administrativo alemão. Isso pode ser confirmado também pela criação dos tribunais administrativos, instituídos pela reforma que foi levada a cabo entre os anos 1870 e 1880.

Enfim, é nesse contexto de grande destaque da construção e afirmação de um ramo autônomo do direito público que surge a teorização culminante desse período. Trata-se da obra de Otto MAYER, a quem FORSTHOFF se refere como o “criador verdadeiro e o representante clássico do moderno método do direito administrativo alemão”⁴⁹².

A teoria de Otto MAYER construiu o direito administrativo alemão em torno de um sistema capaz de abranger as instituições jurídicas que lhe fossem próprias. Ou seja, sua proposta era agregar num único ramo do direito tudo o que tivesse a ver com as **manifestações contínuas e imutáveis de poder público** desse novo tipo de Estado, absolutamente submetido ao direito (*Rechtsstaat*).

A essa altura, merece ser lembrado que foi exatamente nesse período que, na França, na voz de HAURIUO⁴⁹³ e mais tarde de DUGUIT, iniciava-se o debate acerca do fundamento da atividade administrativa do Estado. Otto MAYER, que lecionou em Strasburgo e conhecia profundamente o direito administrativo francês, não ficou

⁴⁹² FORSTHOFF, op. cit., p. 105.

⁴⁹³ Conforme o brilhante trabalho de SFEZ, já citado, o tema de *puissance public* é uma constante na obra de HAURIUO, desde 1892, ano da 1ª. ed. do seu *Précis*. Muito embora essa noção possa ser sinônimo da correspondente alemã *Herrschaft*, a noção do mestre francês só deve ser compreendida em conjunto com a de serviço público. (SFEZ, op. cit., p. 84).

imune a esses influxos. Explica-se, assim, a asserção de FORSTHOFF⁴⁹⁴, no sentido de que Otto MAYER tinha uma concepção de Estado de Direito resultante das noções de instituições do direito administrativo francês, inclusive por reputá-las mais avançadas do que as do direito alemão, especialmente no tocante a esse tema. Nesse ponto, seria importante assinalar que o Estado francês adotou modelo centralizado, enquanto a Alemanha estruturava-se de modo descentralizado⁴⁹⁵. Ou seja, a coesão do Estado unitário francês teria favorecido o desenvolvimento da idéia de Estado de Direito e de uma construção doutrinária do direito administrativo em torno de instituições dessa mesma natureza.

A doutrina de Otto MAYER caiu em desuso⁴⁹⁶ especialmente pelo fato de a Administração Pública não ter abandonado os instrumentos de direito privado no exercício de suas atividades, utilizando-os por inteiro ou conjugados com institutos de direito público⁴⁹⁷. Além disso, contribuíram para o declínio do prestígio dessa construção as transformações do Estado liberal que levaram à adoção do modelo de Estado de Bem-Estar Social, que se servia freqüentemente de instrumentos do direito privado para a organização de entes públicos.

⁴⁹⁴ FORSTHOFF, op. cit., p. 106.

⁴⁹⁵ As palavras “centralização” e “descentralização” têm um sentido diverso, ou até controvérsico, na doutrina alemã, portanto devem ser utilizadas com cautela. No texto, descentralização refere-se ao modelo federativo: Estado central (Federação) e *Länder*. A propósito do tema, consulte-se: AUTEXIER, Christian. **Introduction au droit public allemand**. Paris: PUF, 1997. p. 190 et seq.

⁴⁹⁶ A propósito disso, FORSTHOFF afirma que “o direito administrativo de Otto MAYER é a expressão de uma época da ciência alemã do direito administrativo e que convém conhecê-la, mas também de afastar-se dela”. No entanto FORSTHOFF não deixa de exaltar o mérito da contribuição de Otto MAYER, graças a quem se tomou “consciência da unidade do direito alemão”. (FORSTHOFF, op. cit., p. 108-109).

⁴⁹⁷ Ibid., p. 108.

Por outro lado, as concepções de Otto MAYER receberam forte oposição de LABAND, um expoente do positivismo no final do século XIX. As críticas formuladas por LABAND dirigiam-se à pretensão de se construir um direito administrativo como matéria autônoma, separado dos demais ramos do direito. Ao invés, segundo LABAND, o direito administrativo deveria se socorrer do direito constitucional, do direito privado, do direito processual, do direito penal, enfim. Para esse jurista não havia “princípios jurídicos específicos e típicos do direito administrativo”⁴⁹⁸.

Durante todo o século XIX se verificou a tentativa de sistematização jurídica do direito administrativo alemão. Diferentemente da França, no entanto, o tema de “serviço público” não ocupou lugar central nos debates da doutrina, especialmente porque não estava em questão a atribuição de competência à jurisdição especializada. O problema das “prestações” de serviço público só surgiu com a crescente intervenção do Estado na economia e a instauração de uma nova organização social.

É fato que o direito alemão é fruto de uma experiência jurídica muito rica que consagrou conquistas importantes ao longo do século XIX. Pode-se dizer, sob esse aspecto, que tanto a França quanto a Alemanha conseguiram realizar objetivos concretos na busca pela satisfação dos interesses coletivos de cada país. Em ambos os países, firmou-se o Estado de Direito e, mais do que isso, o Estado Social de Direito, com ênfase no modelo do Bem-Estar social. No tocante a esse aspecto, SCHWARZE⁴⁹⁹ concorda que a Alemanha e a França atingiram um grau de

⁴⁹⁸ Sobre a crítica de LABAND à teoria de Otto MAYER, consulte-se FORSTHOFF, op. cit., p. 110 et seq.

⁴⁹⁹ SCHWARZE, Jürgen. Le service public: l'expérience allemande. *AJDA*, Paris, número especial, p. 150, jun. 1997.

desenvolvimento comparável e que os dois países têm as mesmas necessidades de interesses coletivos a serem satisfeitas tanto pela via da Administração Pública quanto no âmbito da atividade privada.

5.3 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E “SERVIÇO PÚBLICO”

Após essa breve introdução sobre o direito alemão, passa-se a focar a ação administrativa, no que tange às chamadas “missões públicas”, para buscar um traço de semelhança com a noção de serviço público do direito francês, entendido como a origem da mesma noção difundida no direito brasileiro.

5.3.1 A Impossibilidade de Tradução Literal da Expressão

A expressão **serviço público** não encontra equivalente no direito administrativo alemão. Uma tradução literal da expressão **serviço público** conduz à locução *öffentlicher Dienst* do direito alemão. Essa, por sua vez, tem um significado bastante preciso, e designa a relação jurídica entre um funcionário/agente e seu empregador (Administração Pública) para a execução das missões do Estado. A melhor tradução de *öffentlicher Dienst* seria de **função pública**, já que designa um vínculo entre pessoas, em que de um lado figura a Administração Pública. Não se trata, portanto, de uma denominação de conteúdo material, como decorre da noção francesa. Para o direito administrativo alemão, o serviço público (*öffentlicher Dienst*) não é um conteúdo de prestações materiais, mas uma **relação de direito público**, através da qual os funcionários públicos executam tarefas públicas, sob a observância dos procedimentos jurídicos estabelecidos pela ordem jurídica.

5.3.2 A Limitada Influência de Otto Mayer

Tal como assinalado anteriormente, a contribuição de Otto MAYER para a disciplina específica do serviço público no direito administrativo alemão reflete uma absorção da mesma noção de origem francesa, na sua acepção orgânica. Ou seja, trata-se de um conjunto de atividades destinadas a atender o interesse público, geridos por uma pessoa de direito público, que se designava em alemão *öffentliche Anstalt*⁵⁰⁰. Porém, a inserção desse conceito no tipo de Estado de Direito então vigente, no período do Império alemão, envolvia dificuldade de atribuir relevância jurídica à noção. É razoável afirmar que, enquanto não se abandonou na Alemanha a teoria o Estado de Polícia para adotar uma teoria que limitasse o poder do Estado ao direito, não era possível implantar uma doutrina de serviço público.

5.3.3 A Contribuição de Forsthoff para o Tema

FORSTHOFF não compartilhava do pensamento de LABAND⁵⁰¹ e preferia entender a Administração Pública não como uma mera aplicadora de leis (regras de direito positivo), mas como um ente capaz de agir autonomamente, dentro dos limites da lei, o que implicaria a sujeição do Estado ao direito, ou seja, ao Estado de Direito. De modo coerente com essa concepção, FORSTHOFF propôs redefinir o direito

⁵⁰⁰ MARCOU, Gérard. I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milão, n. 1, p. 131, 2000.

⁵⁰¹ Recorde-se da crítica de LABAND a Otto MAYER referida anteriormente.

administrativo alemão com base nas funções do Estado voltadas a satisfazer as necessidades coletivas dos cidadãos⁵⁰².

5.3.3.1 A concepção do *Daseinvorsorge*

Lapidou, desse modo, uma noção fundamental para o este estudo. Foi indicada através da expressão *Daseinvorsorge* para denotar “o conjunto de funções através da qual a Administração presta serviços”⁵⁰³, ou simplesmente, como preferem alguns, “Estado-providência”.

A doutrina de FORSTHOFF pretendia derrubar o dogmatismo do pensamento de FLEINER e de Walter JELLINECK, sucessores de Otto MAYER. Para esse fim, buscou apoio na corrente sociológica de Max WEBER⁵⁰⁴. Para FORSTHOFF, a esfera de liberdade individual não seria capaz de satisfazer todas as necessidades da pessoa. Algumas dessas necessidades, especialmente aquelas do tipo “apropriação” (ou integração do indivíduo ao seio da sociedade), apenas podem ser satisfeitas pela via de atividades estatais (indicadas como *Daseinvorsorge*), vez que só podem ser asseguradas pela solidariedade do grupo social. Nas palavras precisas de MARCOU: “A responsabilidade dos governantes é, então, organizar os serviços que são necessários à vida de um homem moderno na sociedade de massa, e todos os Estados

⁵⁰² As primeiras manifestações do pensamento de FORSTHOFF sobre o tema podem ser reportadas a 1933. Mas as considerações sobre *Daseinvorsorge* surgem de modo mais consistente em 1939. O tema ocupou obras posteriores do autor. Confira-se, sobre isso: MARCOU, Gérard. Les services publics en droit allemand. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans les droits des États de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 124 et seq.

⁵⁰³ FORSTHOFF, op. cit., p. 535.

⁵⁰⁴ A explicação sobre essa influência de Weber sobre o pensamento de FORSTHOFF é muito bem resumida por: MARCOU, **Les services ...**, p. 122 et seq.

modernos caracterizam-se, segundo FORSTHOFF, pela necessidade de organizar os serviços que devem proporcionar a existência dos membros da sociedade...”⁵⁰⁵.

Pode-se ter a impressão, nesse ponto, de que se está diante de uma idéia já conhecida e tratada neste trabalho. De fato, a construção de FORSTHOFF lembra a elaboração de serviço público atribuída a DUGUIT. MARCOU⁵⁰⁶ assevera, nesse sentido, que a semelhança deriva do fato de ambos os doutrinadores terem-se inspirado na sociologia e na filosofia. Para ambos, as missões do Estado derivavam da solidariedade social.

FORSTHOFF denunciou a ausência de uma teoria relativa às atividades administrativas como “uma grave lacuna da sistematização do direito administrativo”⁵⁰⁷. Por isso, sua intenção era a de erigir a noção de *Daseinsvorsorge* como conceito unificador do direito administrativo. Ele próprio reconheceu, no entanto, que o *Daseinsvorsorge* não se inscreve apenas na seara do direito administrativo, mas é uma noção interdisciplinar. Isso, porém, só serviria para confirmar a estreita interdependência com outras searas do direito (tais como o direito econômico, o direito do trabalho e o direito da seguridade social)⁵⁰⁸.

O conceito de FORSTHOFF insistia na idéia de “prestação de serviços indispensáveis à vida”. Segundo essa teoria, a ação administrativa não se apoiava na

⁵⁰⁵ MARCOU. *Les services* ..., p. 122 et seq.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 123.

⁵⁰⁷ FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 533-534. O autor critica tanto a expressão cunhada por JELLINECK “atividade administrativa de simples autoridade” (*schlicht-hoheitliche Verwaltung*) como a de FLEINER “aparelho administrativo e suas prestações” que, segundo ele, recorrem à noção tradicional de autoridade, o que seria por demais ultrapassado.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 535.

atividade de polícia, mas na atividade de prestação ao público, aos cidadãos. Essa diferenciação parece ter por base a conhecida teoria francesa de LAFERRIÈRE⁵⁰⁹ que distinguia “atos de autoridade” e “atos de gestão” dos demais atos da Administração Pública. Conforme essa teoria, a atividade de polícia seria a manifestação de um ato de autoridade, ou ato de “*puissance publique*”, já a atividade de prestação ao público se caracterizaria pela emanção tanto de atos de direito público quanto de atos de direito privado⁵¹⁰, ou como preferiu LAFERRIÈRE, “atos de gestão”. Essas atividades prestacionais de que falava FORSTHOFF eram, na sua maioria, aquelas que diziam respeito a meios e vias de comunicação: ferrovia, correios, telecomunicações. TETTINGER adverte, no entanto, que essa definição de FORSTHOFF, que tem origem sociológica, é por demais descritiva para exaurir o universo das prestações de serviços públicos⁵¹¹.

FORSTHOFF afirmou que, para o cumprimento de tais funções, o Estado Providência faz uso de institutos que fogem ao universo do direito administrativo.

O conceito sofreu uma complementação quando se implantou o Estado Social e passou a ser combinada à missão social e a forma legal⁵¹². Desse modo, a prestação de serviço e a política social devem respeitar igualmente as formas e obrigações impostas pelo direito.

⁵⁰⁹ Sobre essa teoria ver o capítulo sobre a noção de serviço público na França.

⁵¹⁰ FROMONT, Michel; RIEG, Alfred. **Introduction au droit allemand**. Paris: Éditions Cujas, 1984. t. 2. p. 125 et seq.

⁵¹¹ TETTINGER, Peter J. Les services publics dans la conception du droit allemand. In: GRARD, L. (Org.); VANDAMME, J. (Org.); MENSBRUGGHE, F. van der (Org.). **Vers un service public européen, vers un service public européen**. Paris: ASPEurope, 1996. p. 60.

⁵¹² Assim ensina: MACLOUF, Pierre. La place du service public dans la théorie de l'État en RFA. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pierre (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 178.

5.3.3.2 A primeira etapa do pensamento de Forsthoff

As primeiras contribuições doutrinárias de FORSTHOFF fundaram-se num modelo administrativo teorizado ao final do século XIX por Otto MAYER. Nesse período, a atividade administrativa na Alemanha dividia-se em duas categorias: atividades de “*puissance publique*” (expressão do poder de constrangimento da Administração) e “atividades econômicas” que eram exercidas em igualdade de condições com a iniciativa privada⁵¹³. Parecia haver, portanto, uma nítida fronteira entre a aplicação do direito público (para as atividades de “*puissance publique*”) e do direito privado (para a atividade econômica).

O problema surgiu, no entanto, quando, em meados dos anos 20, apareceram as empresas públicas, de distribuição de água, gás e eletricidade, organizadas para satisfazer às preocupações sociais e administrativas. Pela concepção do século XIX, essa atividade seria apenas uma atividade econômica sujeita ao direito privado. Porém, pela concepção de FORSTHOFF tratava-se de uma atividade administrativa organizada nos moldes de uma atividade econômica, mas perseguindo uma função do Estado-Providência. Daí ele extrai a distinção entre “atividades de domínio público com fim lucrativo” e “atividades do Estado-Providência”, exercidas por empresas públicas. Segundo o autor, estas últimas se identificam como uma tarefa da Administração pública, e como tal devem ser reconhecidas, mesmo se organizadas nos moldes do direito privado⁵¹⁴.

⁵¹³ FORSTHOFF, op. cit., p. 536.

⁵¹⁴ Ibid., p. 537.

Até esse ponto, pode-se inferir que o *Daseinsvorsorge* compreende, no âmbito prestacional, a gestão de empresas públicas cuja atividade econômica satisfaz os cidadãos com prestações fruíveis imediatamente (diretamente). Também estão compreendidas no *Daseinsvorsorge*, as atividades administrativas decorrentes da “puissance publique” de que usufruem imediatamente os administrados.

5.3.3.3 A adequação da teoria às concepções nacionais-socialistas

O regime nacional-socialista de Hitler, que abandonou as estruturas fundamentais do Estado de Direito, levou FORSTHOFF a adaptar seu enfoque sobre o direito administrativo, ainda lançando mão das lições da sociologia de WEBER. Talvez a mais grave característica desse período tenha sido sua proposta de rejeitar os direitos fundamentais e, pior que isso, relativizar o princípio da legalidade para adequá-lo ao regime nazista⁵¹⁵.

Sob esse enfoque, a relação serviços públicos-cidadãos poderia refletir essa absorção do individualismo numa dimensão estatal total. Para esse fim, propôs que fosse acrescentada ao *Daseinsvorsorge* a garantia de participação (“Teilhabe”) do indivíduos nas prestações de serviço público.

Com a derrocada do nazismo e o restabelecimento de um Estado Democrático de Direito, essas considerações foram rejeitadas pelo próprio autor, que não mais a elas fez referência posteriormente (tal como se comprova na 9ª edição do seu “Tratado”, em 1966).

⁵¹⁵ MARCOU, *Les services* ..., p. 124.

5.3.3.4 A evolução da teoria no período pós-guerra

O período pós-guerra transformou a sociedade alemã, mas a noção de *Daseinsvorsorge* já havia penetrado as bases do direito administrativo germânico. A idéia de prestação de serviço público sob o fundamento do interesse público foi incorporada, porém, com a ressalva de que esse serviço só poderia ser assumido caso não pudesse ser executado de modo satisfatório pelo particular. Assim se verificou, por exemplo, que os setores de energia e transporte, regulamentados ainda nos anos 30, emprestaram o papel de prestadoras de serviços públicos às comunas, sempre sob o fundamento do interesse público.

Nessa fase subsequente do pensamento de FORSTHOFF, verifica-se uma reavaliação de seu conceito de atividade prestacional do Estado, que pode ser resumida a dois pontos⁵¹⁶: primeiro, que o serviço público conserva sob qualquer hipótese um caráter de direito público, mesmo que sua exploração não esteja unicamente sob um regime de direito público; segundo, a noção de *Daseinsvorsorge* permite proteger a relação dos cidadãos com o serviço público, lá onde as liberdades individuais mostram-se inadequadas, ou deixam lacunas, impondo a obrigação da prestação de servir.

Com apoio na lição de Peter BADURA, MARCOU concluiu que “a noção de *Daseinsvorsorge* permite concretizar, ao nível do direito administrativo, a extensão

⁵¹⁶ MARCOU, *Les services* ..., p. 127.

jurídica da noção de Estado social, além de romper com a indiferença da doutrina clássica do direito administrativo quanto aos fins da ação pública”⁵¹⁷.

Note-se, finalmente, que o grande prestígio da construção doutrinária de FORSTHOFF para o direito administrativo conduziu à sua adoção também pela jurisprudência. Como notou MARCOU, as inovações de FORSTHOFF para a doutrina do direito administrativo alemão estão dentre as mais notáveis⁵¹⁸ conhecidas.

5.4 ESTRUTURAÇÃO POLÍTICO-INSTITUCIONAL DO ESTADO ALEMÃO

As vicissitudes do séc. XX conduzem à opção de passar ao exame da situação consolidada na Alemanha depois do final da II Guerra Mundial. Os motivos são evidentes e dispensam maior consideração: a instauração de um Estado Democrático, depois de 1945, produziu uma alteração significativa no cenário jurídico alemão. No entanto e como se verá adiante, as concepções que vieram a prevalecer no após-guerra foram influenciadas diretamente pelo pensamento de FORSTHOFF, que se delineou a partir dos anos 30.

A Constituição Alemã de 1949 adotou um regime democrático e um verdadeiro federalismo, princípios que permeiam toda a ação administrativa desse país. Essa atividade administrativa, por sua vez, é executada por diferentes pessoas públicas (Federação, *Länder*, e também, em certa medida, pelos governos locais ou comunas), que concorrem, sem hierarquia entre si e com observância aos princípios

⁵¹⁷ MARCOU, *Les services* ..., p. 138.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 126.

constitucionais, ao exercício da atividade administrativa. Por isso, é importante observar que, do ponto de vista organizacional, o Estado alemão apresenta uma conformação diversa e, talvez, mais complexa do que o modelo francês ou que o próprio modelo brasileiro.

A Lei Fundamental alemã, art. 30, consagrou a tradição da autonomia administrativa dos *Länder*, deixando para o Estado federal a maior parte da competência legislativa⁵¹⁹. Em contrapartida, as competências administrativas da Federação alemã são reduzidas, na acepção de que a aplicação das leis federais é feita preponderantemente pelos *Länder*. Essa diversidade, que encontra a sua origem na trajetória histórica de cada país, reflete-se também na produção de conceitos jurídicos que nem sempre se assemelham entre si.

O art. 30 da LF é tido como uma lei geral de repartição de competências para o exercício de poderes estatais e para o cumprimento de missões de natureza estatais. Reza o art. 30 da Lei Fundamental “o exercício dos poderes públicos e a execução das tarefas incumbidas ao Estado(*staatliche Aufgaben*) pertencem aos *Länder*”. Ainda, a questão da repartição de competências deve ser estudada à luz do art. 83 da LF que determina que cabe aos *Länder* a execução de leis federais. Desse modo, vislumbram-se duas modalidades de competências dos *Länder*: uma competência genérica resultante do art. 30, mas independente de lei prévia (*nicht-gesetzesakzessorische*

⁵¹⁹ PERONGINI assevera que se pode referir ao caráter de Estado-legislador da Federação (órbita central), em contraposição ao Estado-administrador, que seriam os *Länder*. Confira-se a: cit., PERONGINI, Sergio. **Profili giudici dell'organizzazione amministrativa dei länder nella Repubblica Federale di Germânia**. Roma/Napoli: Scientifiche Italiane, 1987. p. 10.

Verwaltung) e, outra, uma competência acessória à lei federal (*gesetzesakzessorische Verwaltung*) que os *Länder* têm de executar, conforme mandamento do art. 83 da LF.

Quanto à ação administrativa, devem-se distinguir dois planos: o federal e o regional (*des Länder*). No plano da administração federal (central), as atividades administrativas consistem muito mais em preparar projetos de leis federais e organizar a aplicação das leis federais, sempre como diretivas gerais. À administração central não incumbe a atividade de gestão de projetos, até porque os ministros federais não dispõem de poder decisional individual. Existe, no entanto, um âmbito específico de competências atribuídas à entidade central. Trata-se das tarefas enumeradas no art. 87 da Lei Fundamental⁵²⁰ e que são as relações estrangeiras, finanças federais, administração de circulação (ferrovias, correios, vias fluviais federais), polícia criminal e proteção da Constituição. Duas dessas atividades são realizadas em colaboração com os *Länder*⁵²¹: a de finanças e a de polícia. São as tarefas mais numerosas e, portanto, concentram maior número de unidades administrativas. Outro domínio da Federação, que se desenvolveu principalmente nos últimos anos, é a direção e o incentivo (regulação) da economia.

⁵²⁰ A redação do dispositivo é bastante extensa, especialmente porque foram introduzidos outros seis artigos (87a até 87f), dispondo sobre o tema. O texto consultado consta em versão traduzida do italiano, conforme PALICI DI SUNI PRAT, op. cit., p. 361-364.

⁵²¹ Para um estudo aprofundado das atribuições conjuntas da Federação e dos *Länder* no que diz respeito à atividade de polícia criminal, veja-se a Lei Fundamental nos arts. 73 e 97.

Ainda sob o aspecto da ação administrativa, como já dito anteriormente, os *Länder*, em face de princípio constitucional (contido no art. 83 da L.F.⁵²²), têm poder de executar diretamente as leis federais em nome próprio.

Por seu turno, a organização de cada um dos *Länder* é bastante diferente entre si, inclusive porque existem aqueles com dimensão territorial mais extensa e outros restritos a uma cidade. Isso implica na exigência de organização compatível com as particularidades de cada território, fragmentando o poder se assim for conveniente.

No âmbito dos *Länder*, a competência refere-se preponderantemente à polícia administrativa. Isso abrange, por exemplo, o controle das águas, da saúde pública, fiscalização edilícia (e ordem econômica). Também está abrangida a atividade de polícia em sentido estrito (genérica e judiciária) e a proteção civil. Outras atribuições incluem o controle sobre o estado civil das pessoas, a emissão e o controle de passaportes, questões relativas à nacionalidade e ao controle de estrangeiros.

A doutrina alemã se dedica longamente a duas modalidades principais da ação administrativa dos *Länder*: a atividade de polícia e a atividade prestacional. Comparadas ao direito francês e ao direito brasileiro, corresponderiam às noções de polícia administrativa e de serviço público⁵²³.

⁵²² Cujas redação é a seguinte: “Os *Länder* dão execução às leis federais como matéria de competência própria, a não ser que a presente Lei Fundamental não disponha ou consinta de outro modo” (versão traduzida do italiano, conforme PALICI DI SUNI PRAT, op.cit., p. 360).

⁵²³ Para uma aproximação à concepção francesa é necessário entender-se nesse caso como serviço público em sentido estrito.

5.5 A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL A AÇÃO ADMINISTRATIVA

A Lei Fundamental de 1949 protege, acima de qualquer outro valor, a dignidade da pessoa humana. O artigo 1º, alínea I reza: “A dignidade do homem é inviolável. É dever do Estado protegê-la e respeitá-la”. Ou seja, a pessoa humana e sua dignidade estão colocada, dentro de um sistema de valores, como os supremos. Assim, resumem FROMONT e RIEG: “Como normas supremas, os princípios da Lei Fundamental constituem um sistema de valor decorrente da eminência da dignidade da pessoa humana e que se ordenam principalmente em torno dos princípios da liberdade e da igualdade, de um lado, e, de outro lado, do Estado social democrático e de direito”⁵²⁴. Daí decorre que, toda atividade prestacional do Estado encontra fundamento na proteção e respeito desse bem superior.

A Lei Fundamental, segundo FROMONT e RIEG⁵²⁵, revela que a Alemanha adotou um modelo de Estado liberal ainda que gravado pela preocupação social. Essa perspectiva, acrescentam eles, contribuiu para a liberalização e a socialização do direito administrativo alemão.

MAURER⁵²⁶ indica que por conta da pauperização⁵²⁷ (*Verarmung*) da sociedade nos períodos entre-guerras e pós-guerras, o Estado passou a intervir muito mais em matéria social. Com a nova Lei Fundamental, o Estado incumbiu-se não só de atribuições no campo social (hospitais, estabelecimentos de ensino), mas também de

⁵²⁴ FROMONT, Michel; RIEG, Alfred. **Introduction au droit allemand**. Paris: Éditions Cujas, 1977. t. 1, p. 163.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 170.

⁵²⁶ MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand**. Paris: L. G. D. J., 1995. p. 25.

⁵²⁷ Fenômeno esse encontrado em todos os países que se envolveram nos dois grandes conflitos mundiais.

prestações materiais no campo econômico (água, eletricidade, gás, transporte) e no campo cultural (teatros, museus e atividades esportivas)⁵²⁸. Esse dever de assumir essas atribuições encontra sede constitucional nos artigos 20-1 e 28-1⁵²⁹.

5.6 A ESTREITA LIGAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SERVIÇO PÚBLICO

O Estado alemão consagrou os direitos fundamentais como garantias contra a ingerência do Estado, contra atentados à liberdade individual e ao direito de propriedade. A relação entre os direitos fundamentais e o serviços público, apontada por MARCOU⁵³⁰, implica no reconhecimento de uma tripla influência daqueles sobre estes. O autor consigna, primeiramente, que os direitos fundamentais conferem valor constitucional aos serviços públicos; segundo, que as atribuições constitucionais de competências (de prestação de serviço público) têm por fim atenuar, naquilo que colide com os fins do Estado, o direito fundamental à liberdade; e terceiro que os direitos fundamentais fazem as vezes de critério discriminante entre as atividades de serviço público e as atividades puramente privadas.

Conseqüência disso é que o direito de empresa garantido aos particulares não é proibido nem à Federação (*Bund*), nem ao estados, nem às comunas, desde que

⁵²⁸ MAURER, op. cit., p. 24.

⁵²⁹ Em ambos os dispositivos constitucionais afirma-se a condição de “estado republicano, democrático e social” da Alemanha.

⁵³⁰ MARCOU, *Les services ...*, p. 142.

encontrem fundamento numa atribuição de competência específica de satisfazer as necessidades gerais da existência, a *Daseinsvorsorge*⁵³¹.

Veja-se, a partir desse enfoque, como a Administração se organiza para atingir a finalidade mais relevante da sua Lei Fundamental. Para designar o conjunto de atividades desenvolvidas pela Administração Pública, a Lei Fundamental alemã utiliza a expressão **missões do Estado** (*Staatsaufgaben*). Essa expressão designa atividades diversas realizadas tanto pela Federação quanto pelos *Länder*.

Para atingir as missões públicas o Estado, entendido como a soma da Federação e dos *Länder*, intervém de três formas⁵³² principais, consoante a natureza da missão. Costuma-se encontrar, na doutrina⁵³³, referência à Administração Ordenadora (*Ordnungsverwaltung*), à Administração Prestadora (*Leistungsverwaltung*) e à Administração de orientação (*Lenkungsverwaltung*).

⁵³¹ MARCOU, *Les services ...*, p. 149.

⁵³² A doutrina diverge quanto ao número das atividades administrativas qualificáveis como missões. Christian AUTEXIER distingue, dentro do tipo de Administração de missões, quatro modalidades tradicionais: da ordem, fiscal, de prestação, de meios e serviços (AUTEXIER, op. cit., p. 175-177). Hartmut MAURER aponta cinco tipos: Administração da ordem, de prestação, de orientação, fiscal e dos meios de serviço (MAURER, op. cit., p. 15-16).

⁵³³ Gerard MARCOU critica uma distinção feita entre “Administração de autoridade” e “Administração de Prestação” comumente referida na doutrina. Segundo ele, a distinção é falha na medida em que a primeira funda-se num modo de ação da Administração e a outra funda-se no objeto de sua ação. O autor faz um elenco de outras classificações, porém, adotou-se neste trabalho a tipologia mais difundida pela atual doutrina. Consulte-se: MARCOU, *Les services ...*, p. 157 et seq.

5.6.1 Missões de Manutenção da Ordem e de Intervenção Estatal

Em primeiro lugar, há as missões de natureza de manutenção da ordem⁵³⁴ (*Ordnungsverwaltung*) e de intervenção Estatal (*Eingriffsverwaltung*)⁵³⁵ que dizem respeito tanto à segurança pública (polícia em sentido estrito) quanto à regulamentação da circulação⁵³⁶, da construção, da indústria e de serviços (sentido amplo e de orientação preventiva). Trata-se da administração autoritária e ingerente, segundo a teoria desenvolvida por Otto MAYER⁵³⁷, como explica MACLOUF⁵³⁸. Essa forma de intervenção pode ser reportada à concepção de intervenção do Estado difundida pelo modelo Liberal do século XIX. Atualmente, observa-se ainda que o direito administrativo germânico não abandonou completamente a herança do “Polizeistaat” que durante longos períodos foi fundamento do direito administrativo alemão⁵³⁹. É importante enfatizar que essa missão administrativa submete-se ao princípio da legalidade, afinal, não se está diante de um Estado absolutista, mas de um Estado Social de Direito.

⁵³⁴ Ainda que a tendência seja de identificar esse tipo de ação administrativa como de “polícia administrativa”, deve-se ter a precaução de tratar o direito alemão com muito cuidado pois, como dito antes, a configuração do Estado alemão, somada à sua história, torna toda e qualquer tentativa de identificação de conceitos uma tarefa muito difícil e às vezes perigosa. Por exemplo, no direito brasileiro, o planejamento urbano é a exteriorização da polícia administrativa estatal, mas no direito alemão essa ação reporta-se a uma garantia constitucional de livre administração, inserida no art. 28 da LF. Para maiores aprofundamentos consulte-se AUXTERIER, op. cit., p. 175.

⁵³⁵ Para AUTEXIER, a Administração ingerente caracteriza um modo de desempenhar uma missão e não seria uma missão em si. (Id.).

⁵³⁶ Entenda-se circulação (*Verkehr*), no direito alemão, como tudo que diz respeito à comunicação à distância, p. ex. vias de navegação fluvial, rodovias, correios, telecomunicações. É um conceito bastante amplo.

⁵³⁷ A ação administrativa sob esse aspecto foi teorizada por Otto MAYER. Diz respeito à ação administrativa que, por meio do exercício do poder de polícia, restringe direitos individuais (*das Eingriffsrechtsakt*), são os “atos de caráter de ingerência”. Consulte-se: MACLOUF, op. cit., p. 177, nota 3.

⁵³⁸ Ibid.; p. 177.

⁵³⁹ FROMONT; RIEG, *Introductions au ...*, t. 2, p. 121 et seq.

5.6.2 Missões de Prestações Públicas de Serviços (*Offentliche Dienstleistungen*)

A terminologia é utilizada para designar o conjunto de prestações sociais de auxílio bem como da disponibilização de infra-estruturas públicas (empresas de transporte, distribuição de bens e serviços, hospitais, escolas, creches). Essas missões de prestações foram objeto de atenção desde que FORSTHOFF as designou de *Daseinsvorsorge* ou prestação de serviços indispensáveis à vida⁵⁴⁰. Essas atividades do Estado, segundo FORSTHOFF, diziam respeito a todas as prestações que a Administração fornece aos cidadãos⁵⁴¹ com o fim de satisfazer às necessidades dos cidadãos *uti singuli* ou *uti universi*⁵⁴².

Mais recentemente, a doutrina alemã do Estado Social de Direito (*Socialrechtsstaat*) produziu uma noção que conjuga a atividade prestacional do Estado com uma política social. Essa concepção tem origem no ensinamento de HEGNER, como aponta MACLOUF⁵⁴³, e propõe que se chame a atividade prestacional do Estado, no domínio social (educação, seguridade social), de “missões de prestações públicas de serviços” (*öffentliche Dienstleistungen*). Ou seja, a missão é que é pública e não o serviço, ressalta PERNET⁵⁴⁴. Essa noção poderia ser identificada como serviço público em sentido estrito, conforme a doutrina brasileira e a francesa.

⁵⁴⁰ FORSTHOFF explica que a expressão foi bem aceita pela maioria dos autores alemães. Ela já se encontrava, segundo ele, na obra *Die Verwaltung als Leistungsträger* (1938), conforme cita em: FORSTHOFF, op. cit., p. 535, nota de rodapé n. 9.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 535.

⁵⁴² Parece possível a constatação de que ZANOBINI, administrativista italiano, apoiou-se nessas idéias para construir sua contribuição teórica acerca do serviço público na Itália.

⁵⁴³ MACLOUF, op. cit., p. 178.

⁵⁴⁴ PERNET, Michel. Origine et dynamique des services publics allemands. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 161.

Nesse particular, é importante insistir em que o conceito de **serviço público** não é utilizado pela doutrina alemã no sentido dado pela doutrina brasileira, francesa, ou italiana. Além disso, a noção de missões de prestações (*Offentliche Dienstleistungen*) de HEGNER é restrita ao âmbito social da atividade prestacional do Estado.

A noção proposta por HEGNER visa, também, a distinguir a atividade não-autoritária daquela em que é mais explícita a atuação imperativa do Estado, como nas missões de manutenção da ordem pública e da intervenção Estatal, de que se tratou acima.

BADURA, citado por MARCOU⁵⁴⁵, sugeriu que se conhecessem as prestações materiais da Administração como atividades destinadas a suprir as necessidades que o mercado (inclusive do setor subsidiado financeiramente pelo governo) não possa satisfazer. Uma vez mais, está-se diante de uma definição de prestações administrativas que é obtida negativamente e na qual prepondera o critério objetivo.

Relativamente à competência, verifica-se que os *Länder* estão incumbidos da maioria dessas missões de prestações pública de serviços. Dentre elas podem ser citadas a educação, a regulamentação de profissões relacionadas à saúde pública, a política familiar e da juventude, a promoção da cultura no âmbito interno, a administração da atividade de justiça e administração fiscal.

A Federação se incumbe das prestações relacionadas ao Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais, conforme art. 87 da Lei Fundamental.

⁵⁴⁵ MARCOU, I *servizi* ..., p. 133.

5.6.3 Missões de Orientação (Lenkungsverwaltung)

Como a designação indica, diz respeito à planificação do Estado, que pode envolver o âmbito das missões antes explicitadas. Toca o desenvolvimento e a orientação de setores inteiros da vida social, econômica e cultural. Para atingir esses fins, a Administração faz uso da prática de subvenções, que podem desempenhar um papel de estimulação⁵⁴⁶ do desenvolvimento nos vários setores subsidiados.

As três missões supra-referidas não devem ser compreendidas como compartimentos rigorosamente estanques. Uma característica marcante do modelo administrativo alemão é a cooperação, que ocorre tanto verticalmente (entre a “*Bund*” e os “*Länder*”) como horizontalmente, no tocante às missões da Administração.

5.7 A COMPETÊNCIA DAS COMUNAS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Até o presente ponto não se falou das comunas como entes federativos que se organizam para prestar serviços públicos aos cidadãos. Justifica-se estudá-las à parte, já que contam com um sistema organizacional particular, o que parece ter relevância para a compreensão do tema aqui tratado.

As comunas, que se assemelham aos municípios brasileiros, têm um sistema de gestão de serviços públicos chamado *Stadtwerke*. Esse sistema funda-se no princípio constitucional (art. 28, II da LF) da livre gestão das comunas o qual reza que

⁵⁴⁶ MAURER, op.cit., p. 15.

às “comunas deve ser garantido o direito de se regular sob sua própria responsabilidade todos os assuntos da comunidade local, dentro do quadro de leis”.

Para desempenho dessas atividades de peculiar interesse local, é usual valerem-se da criação de entidades dotadas de autonomia. Cada cidade organiza e mantém o controle acionário majoritário dessas empresas, cujo modelo associativo é o de sociedade de economia mista. Isso permitiu que se propagasse um outro modelo de gestão de serviços chamado *Querverbund* ou gestão transversal. Desse modo, diversos serviços das comunas são integrados entre si, como por exemplo, as empresas (*Stadtwerke*) de transporte público, criando vantagens econômicas para os associados. PERNET⁵⁴⁷ esclarece que os principais benefícios desse modelo de organização são: a possibilidade de emergirem empresas de grande porte e o desenvolvimento de formas tecnológicas originais bem como a transferência de recursos financeiros entre as empresas coligadas. A integração transversal (*Querverbund*) torna-se ainda mais complexa quando é acompanhada de uma integração vertical, da qual participam empresas dos três níveis nacionais.

O fundamental, que se pretende esclarecer, é o papel de operador de serviço público, no sentido estrito, que detêm as comunas. Suas tarefas são mesmo de executar atividades de interesse público.

⁵⁴⁷ PERNET, op. cit., p. 166.

5.8 OUTRA ALTERNATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO

Como visto, não é tarefa fácil extrair do direito administrativo alemão uma noção que se assemelhe à noção de serviço público de tradição francesa. Todas as concepções revelam-se nebulosas, especialmente porque a própria doutrina não é uniforme na apresentação da matéria.

SCHWARZE⁵⁴⁸ assinala que essa diversidade decorre da tentativa de encontrar critérios adequados para classificar as atividades nos diversos âmbitos, da Federação, dos *Länder* e das comunas. Daí porque o mesmo SCHWARZE propôs uma outra classificação das atividades estatais, consistente em separar duas esferas da atividade do Estado - por um lado, as atividades econômicas e, por outro, atividades não econômicas. Essa tentativa visaria a resolver questões concretas que resultam dessa complexa organização do Estado alemão.

SCHWARZE entendeu por atividade “não econômica” a atuação “clássica” do poder público alemão, representada por serviços diversos, tal como atividade de polícia, de informações, do exército. Para buscar um equivalente no direito administrativo francês, esse jurista enquadrou essa atividade como os “serviços públicos administrativos”. Essas atividades não sofreram modificações significativas pela sobrevivência do direito comunitário, exceto quanto à assunção de cargo público (função pública) por cidadão europeu, conforme já ditava o art. 39, § 4º, do tratado da Comunidade Européia, modificado em Amsterdã.

⁵⁴⁸ SCHWARZE, op. cit., p. 151 et seq.

Já a atividade econômica do Estado alemão é uma questão mais delicada, pois levanta o problema da intervenção do Estado no domínio da atividade privada, aponta SCHWARZE⁵⁴⁹. Interessam, particularmente para esse estudo, as atividades cujo objeto é a satisfação de um interesse coletivo concreto, como os transportes públicos, as telecomunicações e a energia elétrica. Essas são atividades abrangidas no conceito de *Daseinsvorsorge*, de FORSTHOFF.

A forma pela qual a atividade econômica do Estado se organiza juridicamente difere, caso a caso, podendo optar por um regime de direito privado, segundo as normas de direito comercial, ou, se melhor convier, optar pelo regime de direito administrativo. A Administração é livre para escolher o regime. Como assinala MAURER⁵⁵⁰, embora a administração dita de prestação (“*Leistungsverwaltung*”) seja largamente regulamentada pelo direito público, lá onde haja uma lacuna, a administração está livre para escolher a forma de prestação de um serviço. Ou seja, pode tanto fornecer as prestações segundo as formas jurídicas do direito público quanto do direito privado.

SCHWARZE ressalta que uma das questões que mais têm sido discutidas em matéria de direito administrativo econômico alemão é a legitimidade da atividade econômica do Estado. De um lado, põe-se a questão da subordinação da atividade econômica do Estado à existência de um interesse coletivo, o qual, segundo o citado jurista, é interpretado de modo amplo pela jurisprudência. Uma parte da doutrina

⁵⁴⁹ SCHWARZE, op. cit., p. 151 et seq.

⁵⁵⁰ MAURER, op. cit., p. 41.

defende que o interesse coletivo deva justificar toda e qualquer atividade econômica do Estado. Mas há uma posição contrária a esse entendimento⁵⁵¹. A doutrina parece divergir quanto a essa problemática.

Por outro lado, uma segunda questão é debatida pela doutrina alemã. Trata-se de examinar o problema sob a ótica dos particulares. SCHWARZE questiona se todas as atividades econômicas seriam, em princípio, reservadas aos particulares. A questão foi levada à apreciação do Judiciário sob a alegação de que o engajamento do Estado numa atividade econômica dependeria não apenas da necessidade de satisfazer um interesse coletivo, mas também da ausência de seu atendimento pela iniciativa privada (questão da subsidiariedade⁵⁵²). A decisão dos tribunais (constitucional e administrativo) foi no sentido de que apenas quando a atividade econômica do Estado implicar numa restrição desproporcional das liberdades fundamentais dos particulares, conforme o art. 12 da Lei Fundamental, é que o Estado será proibido de atuar no domínio econômico. Com isso, SCHWARZE conclui que o direito alemão “não conhece o princípio constitucional da subsidiariedade em favor do setor privado como regra geral”⁵⁵³.

⁵⁵¹ Consulte-se, para maior aprofundamento, SCHWARZE, op. cit., p. 153, notas 24 e 25. O autor indica aí algumas obras em alemão que podem ser consultadas para conhecer o problema.

⁵⁵² A questão se relaciona com o princípio da subsidiariedade no âmbito econômico. A amplitude do tema, especialmente depois de sua consagração para o nível comunitário, torna impossível sua abordagem no presente estudo. Existe uma produção literária muito extensa sobre a matéria. Para aprofundar-se no estudo da questão, pode consultar-se: AUTEXIER, op. cit., p. 96 et seq.

⁵⁵³ SCHWARZE, op. cit., p. 153.

5.9 AS REFORMAS E NOVAS PERSPECTIVAS

Assim se resumem as missões administrativas do Estado alemão. É de se notar que toda a matéria acima tratada está inserida no corpo da Lei Fundamental alemã. Isso implica a submissão do direito administrativo alemão à Constituição, na medida em que ali se encontra, inclusive, o critério de discriminação das competências dos entes federativos.

Uma questão que pode ser examinada complementarmente se relaciona com a privatização. Para que se compreenda a extensão das reformas e da privatização na Alemanha, é essencial conhecer o significado da privatização nesse país. A doutrina alemã entende a privatização sob duas formas: privatização formal e privatização material. A primeira designa a passagem da organização de uma missão pública para uma empresa privada. Trata-se, em última análise, do exercício de liberdade de escolha do regime jurídico que é dado à Administração para que ela desempenhe o *Daseinsvorsorge*. Já a privatização material é a “devolução” à livre iniciativa de atividades que tinham sido assumidas pelo Estado e que voltam ao livre jogo do mercado⁵⁵⁴. Segundo MARCOU⁵⁵⁵, a privatização material dos serviços públicos inerentes ao *Daseinsvorsorge* é rara, senão quase impossível, em virtude da competência constitucional da matéria atribuída tanto à Federação (*Bund*) quanto aos Estados (*Länder*). No âmbito das comunas, exigiria mudança de lei. Os serviços

⁵⁵⁴ MARCOU, *Les services ...*, p. 181.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 182.

prestados em regime de monopólio não foram inteiramente privatizados, porém abriram-se os setores⁵⁵⁶ à concorrência.

A reforma administrativa, que teve início em 1980, tocou principalmente os níveis administrativos federal, transformando operadores de serviços públicos em empresas privadas. Teve início, então, o processo de privatização das empresas públicas, em alguns casos, realizada em duas etapas, sendo que na primeira fase elas foram transformadas em sociedades anônimas⁵⁵⁷.

Tratou-se de uma iniciativa própria do governo alemão e não de cumprimento de metas comunitárias. Exceto pelo setor de telecomunicações, que foi privatizado ao mesmo tempo em que as diretivas comunitárias do setor eram estabelecidas, os demais setores adiantaram-se às propostas da Comunidade⁵⁵⁸.

A reforma alemã antecedeu o projeto comunitário sobre essa matéria e teve como escopo as missões de competência da Federação (*Bund*): telecomunicações, correios, energia e transporte. PERNET⁵⁵⁹ assevera que o objetivo da referida reforma

⁵⁵⁶ Dentre eles estão os setores de serviços de telecomunicações, dos correios, transporte ferroviário, energia elétrica e tratamento de esgoto.

⁵⁵⁷ É o caso do setor bancário, dos correios e telecomunicações. Numa primeira fase, em 1989, foram criadas 3 empresas de direito público para executar essas atividades: “Postdienst”, “Postbank” e “Telekom”. A segunda fase da reforma, transformou essas empresas em sociedades anônimas, respectivamente: “Deutsche Post AG”, “Deutsche Bank AG” e “Deutsche Telekom AG”. Todo esse processo de privatização iniciou-se nos anos 80 e tinham a previsão de se completarem no ano 2000. Não se pode negar que o governo alemão agiu com bastante cautela, embora tenha iniciado as reformas tão cedo. Conforme um detalhado comentário sobre as reformas em: PERNET, op. cit.; p. 155-172.

⁵⁵⁸ PERNET, op. cit., p. 162.

⁵⁵⁹ Id.

era o de transformar os operadores públicos⁵⁶⁰ (assim eram designados os órgãos de execução de missões) em empresas de capital misto, majoritariamente privado.

Alguns dos serviços públicos, objeto de privatização na Alemanha, encontram-se tanto no âmbito das missões de manutenção da ordem pública como no das missões de prestação. É o caso dos correios e do setor de telecomunicações. Verificam-se, também, reformas no setor de controle aéreo e do transporte ferroviário. As missões de cunho social não foram objeto de reforma.

A motivação das reformas na Alemanha não parece diferir dos demais países que resolveram enfrentar essa questão: a inadequação do operador público frente às evoluções financeiras, econômicas, técnicas para garantir a prestação de um serviço público⁵⁶¹.

O principal incentivo de se avançar rapidamente para a privatização de empresas públicas foi o consenso político de que o Estado deveria retirar-se (entenda-se, retirar as empresas públicas) da esfera econômica. Em cada um dos setores (telecomunicações, transporte aéreo e ferroviário, correios), a grande questão com a qual se depararam as empresas foi a incapacidade de acompanhar as evoluções tecnológicas verificadas.

PERNET⁵⁶² observou que, por ocasião das reformas, a atividade administrativa, em âmbito federal, cindiu-se em duas esferas. A primeira foi o domínio de regulação e regulamentação confiada à Administração federal. A segunda

⁵⁶⁰ Prefere-se utilizar a expressão do direito alemão, ainda que se possa pensar que se trate de uma autarquia, entendida no sentido do direito brasileiro.

⁵⁶¹ PERNET, op. cit., p. 162.

⁵⁶² Ibid., p. 163.

envolveu a atividade econômica, até então de titularidade pública, que foi confiada à iniciativa privada. Essas transformações, apesar de lentas, provocaram também na Alemanha manifestações públicas contra a privatização. Acusou-se o governo de se colocar a “serviço do capital”, e não do “Estado social”⁵⁶³.

A política de redução da estrutura administrativa enfrentou alguma oposição dos *Länder* e das comunas a partir dos anos 90. Isso se deve, especialmente ao fato de que eles é que detinham as competências de relativas às prestações de “*Daseinsvorsorge*”. Enquanto o governo federal privatizava e incentivava as comunas a fazer o mesmo, verificou-se um período de inquietude das relações entre os níveis da federação.

As privatizações e a reforma administrativa, projetos iniciados no início dos anos 80, sinalizavam a tendência anteriormente apontada pela doutrina, no sentido da adoção de um modelo cooperativo de Estado (*kooperative Staat*)⁵⁶⁴.

É relevante apontar, ainda, que esse modelo representou uma nova tendência do direito administrativo alemão. Tem-se difundido, com amplo respaldo doutrinário, o “direito administrativo da cooperação” como uma disciplina moderna, desenvolvida em torno da relação “Administração – particular”, baseada na colaboração entre os dois âmbitos e na divisão de responsabilidades pela execução de missões públicas⁵⁶⁵. Nas palavras precisas de BAUER: “o direito administrativo da cooperação tem, dentre

⁵⁶³ PERNET, op. cit., p. 170.

⁵⁶⁴ BAUER, Hartmut. La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca. *Diritto Pubblico*, Padova, n. 1, p. 181-208, jan./abr. 1999.

⁵⁶⁵ Ibid., p. 197. Também é comum referir-se à expressão inglesa “public-private partnership”.

outras, a tarefa de estruturar transversalmente a articulação própria de cada uma das matérias do ordenamento jurídico para o setor da cooperação, de formular requisitos de seleção, por exemplo, através da qualificação de sócios privados, e de oferecer alternativas à articulação da colaboração entre os atores do setor privado e do setor público”⁵⁶⁶.

5.10 CONSTATAÇÕES FINAIS

Finalmente, cabe concluir que, no direito administrativo alemão não existe um conceito jurídico (formal) de serviço público, mas existe uma noção material, a *Daseinsvorsorge*, que está vinculada aos direitos fundamentais e à Constituição. Dentro desse aspecto, afirma MARCOU, a *Daseinsvorsorge* é a noção do direito alemão que tem maior semelhança com a noção francesa de “serviço público”⁵⁶⁷. Consigne-se, ainda, que a perenidade da noção de *Daseinsvorsorge*, atribuída a FORSTHOFF, decorre, especialmente, da constitucionalização da noção de Estado social⁵⁶⁸.

Como critério de atribuição de competência ao tribunal administrativo, ela não é suficiente para derrogar as normas do direito comum, mas pode ser um bom indício para identificar o juiz competente⁵⁶⁹.

A predominância da liberdade de escolha do regime jurídico (público ou privado) na Administração de prestações não parece ser um problema para o direito

⁵⁶⁶ BAUER, op. cit., p. 197.

⁵⁶⁷ MARCOU, *Les services* ..., p. 191.

⁵⁶⁸ Ibid., p. 130 et seq.

⁵⁶⁹ MARCOU, *I servizi* ..., p. 134.

germânico, consoante se extrai da seguinte passagem de um julgado: “Pouco importa que a distribuição de água seja executada na forma do direito privado ou do direito público, mas, ao contrário somente importa que a prestação responda às necessidades de existência (*daseinsvorsorgende Leistung*) ou seja, em razão de sua natureza jurídica, prestada como execução de uma missão pública (*öffentliche Aufgabe*)”⁵⁷⁰.

Merece acolhida a conclusão de MARCOU⁵⁷¹, ponderando que privatizações e a retirada do Estado da execução de determinados serviços direcionados a realizar o *Daseinsvorsorge*, não implica, necessariamente, o descumprimento dos deveres do Estado social, assumidos pelo Estado alemão. Some-se a isso o fato de que o Estado social ganhou um novo adjetivo, podendo ser referido como “Estado social cooperativo”.

As mudanças são um reflexo de uma nova realidade sócio-econômica da qual os governantes alemães têm plena consciência e está de acordo com o modelo concorrencial imposto pela União.

Como última constatação, deve-se consignar que algumas das novas leis estaduais (Länder), acerca do que é regulamentado como serviço público pela comunidade, adotam a expressão alemã “*öffentlicher Dienst*”⁵⁷², ou seja, consagram uma tradução literal para os termos “serviço público” de origem francesa.

⁵⁷⁰ Texto extraído do julgado BVertGE 45,63,78-79, de 7 de junho de 1977, citado por MARCOU, *Les services* ..., p. 165.

⁵⁷¹ MARCOU, *I servizi* ..., p. 134.

⁵⁷² GMARCOU, *Les services* ..., p. 185. É o caso das leis sobre os transportes ferroviários regionais.

6 O SERVIÇO PÚBLICO NA GRÃ-BRETANHA

6.1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

A busca no direito britânico por uma noção de serviço público equivalente à conhecida no direito continental de influência francesa encontra barreiras conceituais relativas à história da construção de suas instituições jurídicas. Essa longa história revela que a Inglaterra conta com nove séculos de existência, ao longo dos quais agregou terras e formou o Reino Unido⁵⁷³. Quanto ao direito aplicado⁵⁷⁴, destacam-se três sistemas jurídicos vigentes no Reino Unido: na Inglaterra e no País de Gales adota-se o direito inglês, enquanto que na Irlanda do Norte vige o direito irlandês, semelhante ao inglês, mas que guarda suas diferenças a ponto de não serem confundidos. Há, além disso, o direito escocês, inspirado no direito continental. Portanto, o presente trabalho fará desde já um corte epistemológico para tratar apenas do direito inglês, ou *Common law*⁵⁷⁵.

O direito inglês, não comporta, rigorosamente, em seu vocabulário nem a palavra “Estado” nem “Administração”. Quando se quer referir a um poder central, o vocábulo mais adequado é “Coroa”, a qual pode ser identificada com o poder

⁵⁷³ Lembre-se que o Reino Unido é formado por quatro países: Inglaterra, País de Gales, Escócia e Irlanda do Norte, mas seus integrantes não se sujeitam a um direito único. Sobre a diversidade jurídica dos países do Reino Unido, leia-se o artigo de: VARIN, Katherine. Les services publics au Royaume-Uni. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 185-214.

⁵⁷⁴ BELL, John. L’expérience britannique. **AJDA**, Paris, número especial, p. 130, jun. 1997.

⁵⁷⁵ O *common law* pode ter entendido em pelo menos quatro acepções. Para aprofundar, confira-se: VARIN, op. cit., p. 185-214.

executivo⁵⁷⁶. Muitas regras de direito público encontram-se sempre relacionadas ao direito relativo à Coroa⁵⁷⁷. Além disso, pode-se observar que sequer a dicotomia “direito público–direito privado” recebe atenção dos seus juristas, os quais reputam inútil a idéia da *summa divisio* do Direito Continental. Note-se, além do mais, que o *Common law* tem aplicação ampla e genérica, de modo a poder prescindir de um direito específico, como o direito administrativo. Isso não significa, entretanto, que as instâncias do poder executivo não se encarregam de tarefas administrativas, como a organização da polícia ou, mesmo, a assunção de serviços públicos, como o fornecimento de água.

A diferença do *Common law* em relação ao modelo romanista reside, segundo aponta Clémerson M. CLÈVE⁵⁷⁸, em que a Administração não se submete a um regime de regras derogatórias do direito comum, mas se sujeita a este mesmo regime e se estrutura sob as mesmas bases institucionais.

Nesse sentido, DI PIETRO⁵⁷⁹ assinala que, em decorrência do princípio da *rule of law*, a Administração Pública está sujeita ao controle do poder judiciário tal como os particulares. Esse posicionamento surgiu, especialmente com a doutrina de

⁵⁷⁶ Durante essa exposição, no entanto, vai-se adotar o vocábulo “Administração” para indicar a atividade do poder executivo de que é comum ao direito continental.

⁵⁷⁷ É o que observam, BELL; KENNEDY. Os autores sugerem a leitura da enciclopédia de direito inglês *Halsbury's Laws of England*, nas rubricas relativas à *Crown*, as regras sobre o direito público. BELL, John; KENNEDY, T. P. La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). *L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne*. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 227.

⁵⁷⁸ CLÈVE, Clémerson Merlin. *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*. Campinas: Julex, 1988. p. 33.

⁵⁷⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 34.

Dicey, do final do século XIX, que era refratário às teorias sobre o direito administrativo que se difundiam na França.

TRIANAFYLLOU aponta, então, que a ordem jurídica inglesa não conhecia a denominação “direito administrativo”, até uma decisão prolatada em 1982⁵⁸⁰. No entanto, pode-se inferir que *Administrative law* para o direito inglês está menos relacionado com um ramo autônomo do direito do que com um conjunto de normas que visam a ordenar e regular a Administração Pública em si. Pode ser indicado um elenco de instituições sujeitas a esse “direito administrativo”, tais como o Poder Executivo, as agências, os “*quangos*”⁵⁸¹, as autoridades (agências) locais e tribunais e cortes inferiores⁵⁸².

Um dos motivos que conduzem a que o direito administrativo seja repudiado na Inglaterra é o reconhecimento, por alguns, de que ele funciona como um propulsor de uma exagerada burocracia regulatória. Por essa razão, há preferência pelos meios do direito privado que parecem ser mais eficientes para coordenar a ordem econômica⁵⁸³.

⁵⁸⁰ TRIANAFYLLOU, *Les mutations ...*, p. 53. Lembre-se, no entanto, ser usual, na doutrina britânica, utilizar-se a expressão “*Administrative Law*” para indicar um conjunto de princípios e regras relativas à intervenção regulatória do Estado.

⁵⁸¹ *Quangos* são as chamadas “Quasi Autonomous Non Governmental Organizations”, ou seja, organizações não governamentais quase autônomas, que, ao serem criadas, têm por objetivo executar uma função que o governo deseja ver executada sem que ela seja de responsabilidade direta de um ministro ou de um departamento ministerial. Para maiores aprofundamentos, consulte-se: GENTOT, Michel. *Les autorités administratives indépendantes*. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994. p. 25.

⁵⁸² CRAIG, Paul P. *Administrative law*. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999. p. 45.

⁵⁸³ Esse é o posicionamento de CAROL HARLOW, professora de direito público, na London School of Economics. HARLOW, Carol. Public service, market ideology, and citizenship. In: PUBLIC services and citizenship in european law. Oxford: Claredon, 1998. p. 54.

Dentro do panorama acima esboçado não se pode buscar, no plano formal, uma noção jurídica de serviço público. Encontra-se, no direito inglês, a expressão “*public service*” como uma noção institucional, que designa a função pública, ou segundo Gerard MARCOU, sua deontologia⁵⁸⁴.

Outro enfoque revela uma noção funcional de serviços públicos, entendidos como o conjunto de prestações destinadas a satisfazer o interesse coletivo. Essa concepção material é reconhecida de longa data na Inglaterra e pode, inclusive, gerar a derrogação do regime de direito privado. Note-se, porém, que não há um conceito jurídico, nem referência doutrinária a um tal instituto. Apenas recentemente, com a edição da *Citizen’s Charter* de 1991, encontra-se a explícita referência à existência de serviços públicos.

Nesse sentido, é esclarecedora a lição de JOHN BELL e T. P. KENNEDY⁵⁸⁵, no sentido de se abordar a noção de serviço público no direito inglês em dois planos distintos. Há o plano político e das ciências administrativas e o plano jurídico. Sob o primeiro enfoque, o serviço público tem um papel bastante claro na organização da economia e da administração.

No plano jurídico, a noção é fragmentada e nem sempre coerente, pois está relacionada à atividade regulatória a que se sujeita de cada tipo de serviço em particular. Assim, a noção surge na regulação do setor elétrico, do setor das telecomunicações, do setor de distribuição de água, para citar alguns exemplos.

⁵⁸⁴ MARCOU, **I servizi** ..., p. 135. O autor cita a expressão de J. BELL para esclarecer o sentido de função pública, expressa pela locução “public service”: *ethics of the public service*”.

⁵⁸⁵ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 225.

6.2 BREVE EXPOSIÇÃO HISTÓRICA

Uma incursão histórica, segundo Katherine VARIN⁵⁸⁶, revela que logo nos primórdios da formação da Grã-Bretanha a atividade de prestação de serviços (tais como os de justiça, finanças, aduaneiros, impostos, estradas e encaminhamento de correspondências) era exercida com benevolência pelos nobres locais.

Entre os anos 1360 e 1888⁵⁸⁷, as funções de poder de polícia, atuação jurisdicional e ainda uma série de atos da administração local eram exercidos pelos juizes de paz (*justices of the peace*). É interessante notar que só ao final do século XIX as idéias de tripartição dos poderes propagadas por Montesquieu efetivamente provocaram mudanças no cenário político inglês.

Encontram-se no direito medieval inglês as *public callings*⁵⁸⁸, identificadas como atividades de interesse coletivo exercidas por profissionais livres, mas sujeitas a certas obrigações peculiares tal como, por exemplo, o princípio da universalidade. Seus prestadores estavam sujeitos também a obedecer às regras quanto ao modo de prestar os serviços. Um exemplo característico era o serviço de transporte de pessoas, sujeito a regras com vistas à segurança dos passageiros.

Destaca-se⁵⁸⁹, ainda, o *Poor Relief Act*⁵⁹⁰, de 1601, que tinha por objetivo

⁵⁸⁶ VARIN, op. cit., p. 192.

⁵⁸⁷ Ano de edição do *Local Government Act* que criou conselhos eleitos nos condados e burgos, os quais assumiram essas responsabilidades.

⁵⁸⁸ BELL, op. cit., p. 131.

⁵⁸⁹ VARIN, op. cit., p. 192.

⁵⁹⁰ Uma tentativa de tradução literal pode esclarecer a intenção dessa lei: Lei do Alívio da Pobreza. (tradução do autor).

impor aos governos locais a satisfação das necessidades dos doentes, dos pobres e dos “sem-teto” por via dos impostos locais.

O século XIX foi marcado pela a constituição de conselhos locais eleitos, os quais, sob o abrigo da lei, promoveram um alargamento das funções administrativas de prestação de serviços de interesse geral⁵⁹¹. Note-se, ainda, que foi bastante significativa, nesse período, a implementação de um sistema de tratamento de água e esgoto, mantido e gerido pelas autoridades locais⁵⁹². As epidemias provocadas pela péssima qualidade da água fornecida por particulares aceleraram esse processo de publicização da rede sanitária. Pode-se afirmar que, com a assunção desses serviços, então nas mãos de empresas privadas, pelos municípios, iniciou-se uma nova era na atividade administrativa pública na Inglaterra.⁵⁹³

Entretanto, esse movimento não foi um acontecimento isolado. O grande destaque na evolução da atividade prestacional por parte do governo, especialmente em nível local, tem como pano de fundo a pressão de um prestigioso grupo de orientação socialista, chamado *Fabian Society*⁵⁹⁴.

Sob um certo ângulo, não seria incorreto afirmar a impossibilidade de compreender as idéias políticas predominantes no cenário britânico sem reconhecer a influência do “*fabianismo*”.

⁵⁹¹ MARCOU, I *servizi* ..., p. 135.

⁵⁹² Sobre o tema, confira-se o brilhante trabalho de TAYLOR, Graham. **State regulation & the politics of public service: the case of the water industry**. London: Mansel, 1999.

⁵⁹³ Ibid., p. 1.

⁵⁹⁴ O nome da organização foi escolhido por causa do general romano *Quintus Fabius Maximus Verrucosus Cunctator*, que venceu o inimigo, durante as guerras púnicas, utilizando uma tática de evitar batalhas decisivas. FABIAN SOCIETY. **Microsoft encarta online encyclopedia, 2000**. Disponível em: <<http://encarta.msn.com>> Acesso em: 03 out. 2000.

6.3 A “FABIAN SOCIETY”

A *Fabian Society* consistia, desde seu surgimento em Londres, nos anos de 1883 e 1884, numa organização que propugnava por mudanças sociais através de reformas democráticas⁵⁹⁵.

Nomes muito conhecidos figuraram entre os seus membros, tais como George Bernard Shaw, Sidney e Beatrice Webb, na origem do movimento. Posteriormente, grande número de políticos foi vinculado ao “fabianismo”. Basta considerar que tal se passa com o atual Primeiro Ministro britânico, Tony Blair⁵⁹⁶.

As concepções fundamentais do movimento foram sintetizadas numa obra de 1889, denominada *Fabian Essays in Socialism*, editado por George Bernard Shaw.

A atividade da organização resumia-se a produzir estudos e pesquisas que tivessem o poder de provocar um movimento a favor da igualdade social. Eles agregaram nomes de alta relevância no cenário acadêmico e político inglês, mas não constituíram um partido independente. No entanto, participaram da fundação de um comitê que se transformou, em 1906, no Partido Trabalhista (*Labour Party*), com o qual o “*fabianismo*” mantém até hoje identidade.

O número de participantes nunca foi elevado, tendo chegado a 8.400 membros em 1946⁵⁹⁷. Mas o prestígio de seus membros e a influência de suas idéias foram (e continuam a ser) marcantes na vida política britânica.

⁵⁹⁵ Para maiores informações, consulte-se: FABIAN SOCIETY, Microsoft encarta Também vale consultar o verbete “Fabian Society” em: FABIAN SOCIETY. **The New Enciclopedia Britannica**. 15. ed. Chicago, London, 2002, v. 4, p. 647.

⁵⁹⁶ FABIAN SOCIETY. **Microsoft encarta ...**

⁵⁹⁷ FABIAN SOCIETY, **The New Enciclopedia ...**, 647.

Os *Fabian Socialists* foram os maiores defensores da idéia de um serviço de interesse geral prestado pelo Estado. A postura dos “*fabianistas*” inseria-se, conforme ensina Graham TAYLOR, num modelo de Estado pluralista, cuja ideologia propugnava ser o bem comum era algo que emergia dos esforços e da concorrência entre diversos grupos de interesse, partidos políticos e atores governamentais⁵⁹⁸. Esse posicionamento ideológico representou, como se pode inferir, um rompimento com o modelo de Estado liberal e de *laissez faire* dominantes até a metade do século XIX. Em resumo, reputam-se precisas as palavras do estudioso Graham TAYLOR: “O paradigma pluralista é importante, pois se desenvolveu como o lugar principal do apoio pela existência de um serviço público como uma ideologia e uma prática”⁵⁹⁹.

6.4 AS MODIFICAÇÕES DA CONCEPÇÃO POLÍTICA

Torna-se conveniente rememorar, neste ponto, que as transformações no panorama político e econômico inglês guardam semelhanças com o movimento que impulsionou a crescente atuação do Estado como prestador de serviços públicos em vários países da Europa.

Na Inglaterra, os motivos que levaram à concretização da prestação de uma atividade, à qual se denominou *public services*, envolveram a tentativa de regulamentação da prestação de serviços realizada por particulares.

⁵⁹⁸ TAYLOR, op. cit., p. 2.

⁵⁹⁹ Id.

Uma das questões que se tornou de extrema relevância no século XIX foi a saúde pública. Os governos locais foram obrigados a investir pesadas somas para prevenir epidemias, evitar contaminações da população por meio da água, tratar esgoto e acolher doentes em hospitais. Esse gasto passou a ser custeado por um aumento crescente nos impostos locais. O fator fiscal foi um impulso para que houvesse uma mobilização por um controle em nível nacional dos limites da imposição tributária.

Juntamente com esse movimento, surgiu a necessidade de aumentar a representatividade nos governos locais, que era restrita aos contribuintes. Alegava-se que todos os cidadãos de uma cidade deveriam ser contribuintes, mesmos os mais pobres e os operários, para assim manter-se os níveis de impostos locais os mais baixos possíveis.

É de se notar que também na Inglaterra o fenômeno do acesso das populações ao direito de sufrágio influenciou a configuração das relações políticas, o que ficou especialmente visível no âmbito dos governos locais.

Entretanto, o que se conclui desse momento é que o capitalismo clássico entrou em crise e a ação do governo passou não só a ser necessária, mas inevitável. A regulamentação surgiu em meio à crise para controlar preços e qualidade dos serviços prestados por particulares. Contudo, assevera Graham TAYLOR⁶⁰⁰, essa forma de regulamentação foi um insucesso e remeteu a administração direta de vários serviços

⁶⁰⁰ TAYLOR, op. cit., p. 40.

públicos ao Estado. A ênfase dos liberais deixou de ser o total *laissez-faire* para uma preocupação com a necessidade e os limites da atividade estatal⁶⁰¹.

A expansão da atividade desempenhada por algum tipo de ente público (local ou nacional) deu-se de forma contínua até pouco depois da Segunda Grande Guerra. Citam-se, dentre outros prestadores de serviços públicos, a *Water Authority*, o *National Health Service*, a *BBC*, as empresas de serviços em rede, como as de gás e eletricidade.

Todo esse movimento de estatização de serviços ocorreu sem merecer uma sistematização jurídica por parte dos doutrinadores ingleses. Nem houve estudo de seus reflexos no ordenamento jurídico. É por isso que freqüentemente diz-se que não há noção de serviço público no direito inglês.

Porém, o exame da situação concreta britânica demonstrava a existência de uma noção material de serviço público, que são, ou foram, em grande parte, prestados tanto por pelos governos locais, quanto nacional.

Uma nova fase se iniciou, ainda sob o governo de Churchill, no início da década de 40. Em virtude de deficiências sociais causadas pela Primeira Grande Guerra, impôs-se a necessidade de reformas nesse setor de serviços. Em 1942, após uma série de estudos aprofundados, surgiu o “Relatório Belveridge”, que esboçou um modelo de Estado de Bem-Estar Social com ênfase em assistência médica, auxílio aos indigentes e ensino mais democrático. Seus objetivos foram se concretizando a partir

⁶⁰¹ TAYLOR, op. cit., p. 40.

de 1945 com a inauguração do primeiro serviço público de assistência médica que a Europa conheceu⁶⁰².

Naquele mesmo ano, realizou-se um programa de nacionalização de serviços públicos de caráter econômico, tais como gás, energia elétrica, aviação civil, Banco da Inglaterra, dentre outros. Esses serviços só vieram a sofrer o processo inverso, de desnacionalização, com o governo da Primeira Ministra Margaret Thatcher, eleita em 1979.

6.5 O GOVERNO CONSERVADOR E A REFORMA DO ESTADO

Tomando o poder, o governo de Thatcher deu início a uma transformação do Estado, que se prolongou até o final dos anos 90. Ou seja, foram 20 anos de reformas, todas elas concretizações de planos de governo cujas finalidades principais eram, de imediato, a privatização das empresas nacionalizadas e a busca pela eficiência na economia pública através de um novo modelo gerencial. Dentre os planos adotados para atingir esses objetivos, cabe citar *New Public Management*, *The Next Steps*, *The New Audit Regime*, *Privatization and Regulation*, *Consumer Choice and Public Information Contracting Out Services*, *The Citizen's Charter* e *Open Government*.⁶⁰³

O *New Public Management* deu-se após a primeira redução no quadro de *civil servants* (ou seja, funcionários da Coroa), com o escopo de introduzir uma

⁶⁰² VARIN, op. cit., p. 192-193.

⁶⁰³ Para uma análise mais aprofundada da Reforma de Estado britânica, consultem-se GREER, Patricia. **Transforming Central Government: The Next Steps Initiative**, Buckingham – Philadelphia: Open University, 1994, e FERLIE, Ewan et al. **A nova administração pública em ação**. Tradução de: Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999.

administração fundada no gerenciamento eficiente e eficaz da estrutura já existente. Segundo David FAULKNER⁶⁰⁴, o plano dava ênfase à concorrência e forças de mercado, aplicadas à estrutura administrativa da Grã-Bretanha. Acrescenta McDONALD⁶⁰⁵, que essas inovações visavam a assegurar melhor “valor econômico” e melhores sistemas de informação e, ainda, a medir o desempenho em face de objetivos previamente definidos. Essa reforma passava a adotar a idéia de administração participativa, cujas bases seriam a negociação, consulta e comunicação numa valorização do grupo sobre o servidor individualmente considerado⁶⁰⁶.

O plano *Next Steps Agencies* teve por objetivo proporcionar maior autonomia no controle orçamentário de órgãos internos ou adjuntos aos ministérios. Surgiram, desse modo, agências executivas que poderiam administrar com uma certa liberdade o seu orçamento e seu pessoal, sem deixar de prestar contas ao departamento ministerial ao qual estava vinculada. A forma de gerenciar essas agências seguia um modelo da iniciativa privada de consciência do custo e motivação de lucro, o que, indiretamente, acabava por beneficiar os contribuintes.

Já o *The New Audit Regime* introduziu a figura do *Comptroller*, que poderia ser entendido como um Procurador Geral de um Tribunal de Contas da Coroa com poderes específicos de auditar os gastos públicos com vistas a garantir maior eficiência

⁶⁰⁴ FAULKNER, David. Public services, citizenship and the state: the british experience 1967-97. In: FREELAND, Mark (Org.); SCIARRA, Silvana (Org.). **Public services and citizenship in european law**. Oxford: Claredon, 1998. p. 37 et seq.

⁶⁰⁵ AUSTIN, Rodney. Administrative law's reaction to the changing concepts of public service. In: LEYLAND, Peter (Org.); WOODS, Terry (Org.). **Administration law facing the future: old constraints & new horizons**. London: Blackstone, 1997. p. 37.

⁶⁰⁶ FAULKNER, op. cit., p. 36.

e eficácia administrativa. Desse modo, afirma Rodney AUSTIN, essa auditoria tornou-se uma das principais armas da campanha governamental para reduzir gastos públicos através de ganhos de eficiência⁶⁰⁷.

Privatização e Regulação estão diretamente relacionadas. Foram privatizadas as empresas estatais de *public utilities*, que atuavam em regime de monopólio, tais como o fornecimento de água, energia e gás. Mas a mera privatização desses serviços não poderia gerar os benefícios de uma atividade econômica em regime de concorrência. A solução foi criar agências reguladoras com a função específica de induzir as empresas privatizadas a fornecer serviços de qualidade a um preço baixo.

A adoção do modelo *Consumer Choice and Public information* para os serviços públicos privatizados, como de energia, gás, transporte e água, significou a absorção de um padrão de comportamento existente entre as empresas privadas nas relações de consumo. Basicamente a idéia era aumentar as possibilidades de escolha do consumidor através do livre acesso a informações sobre o bem de consumo desejado. Partia-se da premissa de que, habitualmente, o consumidor realiza sua escolha tomando por base informações diversas sobre o bem ou serviço a ser adquirido. Assim, pretendia-se assegurar que o usuário pudesse dispor de alternativas, tais como variações de tarifa, promoções, qualidade no serviço de atendimento ao cliente, para então concluir pela escolha de um fornecedor ou outro.

⁶⁰⁷ Para aprofundar-se na matéria, consulte-se do autor AUSTIN, *Administrative law's ...*, p. 1-34.

Contracting Out Services foi a política de terceirização para que a administração pudesse usufruir os benefícios do mercado livre. Ainda assim, não se pôde evitar o risco de se deparar com um acordo entre cartéis para fraudar licitações, é o que assevera que faz RODNEY AUSTIN: “A prática de contratação administrativa tem se evidenciado como uma mistura de sucesso com alguma evidência folclórica de cartéis de fornecedores corrompendo o processo licitatório através de propostas idênticas ou similares ou por acordos de partilha de contratações.”⁶⁰⁸

Em 1994, essa política tomou a forma de lei com o *Deregulation and Contracting Out Act*, que institucionalizou a concorrência e o livre mercado para o setor público. BELL e KENNEDY observam que apenas estão excluídas, desse processo de privatização e de terceirização, as atividades do poder judiciário do Estado, o poder regulamentar e as atividades relativas às liberdades fundamentais⁶⁰⁹.

6.6 *CITIZEN'S CHARTER* E A NOÇÃO POLÍTICA DE SERVIÇO PÚBLICO

Já se disse anteriormente que se conhece, na Inglaterra, uma noção de serviço público, estreitamente conexa à ciência política e à ciência da administração. É uma noção que se fez presente no discurso político de M. THATCHER nos anos 80 e que foi prestigiada posteriormente com a edição da *Citizen's Charter* (Carta dos Cidadãos).

⁶⁰⁸ A tradução é da autora e não é literal. O texto original é o seguinte: “The practice of contracting out has been a mix of success, with some anecdotal evidence of contractor’s cartels corrupting the tendering process by agreeing identical or similar bids, or by allocating tenders amongst, and agreeing not to bid against fellow cartel members.” AUSTIN, *Administrative law's ...*, p. 19.

⁶⁰⁹ BELL; KENNEDY, *op. cit.*, p. 229.

O documento, reputado de alta relevância para políticos e juristas, foi lançado pelo Primeiro ministro John Major, em julho de 1991. Seu sugestivo slogan: “*Carta do Cidadão: aumentar a qualidade*” é significativo de uma crescente preocupação com a satisfação do consumidor dos serviços públicos, prestados ou não por entes governamentais. Rodney AUSTIN⁶¹⁰ chega a afirmar que esse documento representou o ápice do processo de transformação do estado e seu relacionamento com seus cidadãos, desde a criação do estado do Bem-Estar Social, do pós-guerra.

Conforme observa K. VARIN, a Carta tem o mérito de abarcar em suas prescrições todo o campo de serviços públicos, do setor público e do setor privado⁶¹¹, sempre tendo como escopo o atendimento das necessidades do cidadão. Aqui se reputa importante ressaltar a diferente conotação que a palavra “cidadão” tem nesse documento. Anteriormente, tratava-se a cidadania⁶¹² como a conjunção de direitos e deveres de um indivíduo perante o seu governo, e mais informalmente, a disposição de cooperar na vida comunitária através de caridade ou de aceitar um cargo público. Com a *Citizen’s Charter*, leciona FAULKNER, o cidadão é visto como o consumidor de serviços públicos, com direito a fazer escolhas sobre usá-los ou não, de ter a expectativa de um certo padrão dos serviços e de reclamar caso esse padrão não esteja sendo respeitado⁶¹³. Não estaria de todo incorreto inferir-se que a *Citizen’s Charter* se

⁶¹⁰ AUSTIN, *Administrative law’s ...*, p. 19.

⁶¹¹ VARIN, *op. cit.*, p. 205.

⁶¹² Consulte-se para o assunto o já citado texto de FAULKNER, *op. cit.*, p. 41.

⁶¹³ *Id.*

assemelha a um código de defesa do consumidor⁶¹⁴, em que os produtos são, em especial, aqueles oferecidos livremente no mercado, mas sob um regime regulatório do Estado.

Veja-se a seguir um elenco dos princípios relativamente aos serviços públicos e aquilo que os cidadãos podem esperar deles, trazidos no texto do *The Citizen's Charter*⁶¹⁵:

Os princípios do serviço público

Cada cidadão tem o direito de esperar:

- Normas

A definição, a emissão e a publicação oficial de normas de serviço, quanto a que os usuários individuais podem ter a expectativa razoável.

A publicação de resultados comparados às normas que instituíram o serviço.

- Informação e transparência

Uma informação completa, adequada, facilmente acessível e em linguagem clara sobre o modo como são gerados os serviços públicos, aquilo que eles custam, e seus desempenhos.

- Possibilidade de escolha e pesquisas de satisfação

O setor público deve oferecer diversas escolhas quando possível. Deve proceder a pesquisas de satisfação regulares e sistemáticas junto aos usuários. A opinião dos usuários sobre os serviços e suas prioridades para os aperfeiçoamentos, devem ser tomados em conta nas decisões.

- Observância do princípio da não discriminação

Os fornecedores de serviço público não poderão fazer qualquer tipo de discriminação do usuário, seja pelo seu sexo, raça ou origem étnica.

- Tratamento cordial e ajuda

Da parte dos agentes públicos, que devem usar etiquetas com seus nomes. Dos serviços igualmente acessíveis a todos aqueles que são titulares desse direito e gerados para satisfazê-los.

- Restabelecer a normalidade

Se os serviços vão mal, deve-se se desculpar, dar uma explicação completa e remediar rapidamente e eficazmente o problema. Os procedimentos de reclamação dos serviços devem ser fáceis e estar afixados e ser objeto de um controle independente, se isso for possível.

- Fazer valer o seu dinheiro

Trata-se de serviços públicos fornecidos eficazmente e aos custos compatíveis com os recursos da nação. Além disso, uma verificação independente do desempenho financeiro.

⁶¹⁴ Essa afirmativa encontra fundamento no movimento de oposição ao *Citizen's Charter*, cuja sugestão era de chamar o documento de *Public Customers' Charter*, ou seja Carta dos Consumidores Públicos. Para aprofundar-se no tema consulte-se: HARLOW, op. cit., p. 51.

⁶¹⁵ O original, em inglês, consta em: VARIN, p. 204-205.

Observe-se, nesse resumo dos principais princípios estabelecidos em relação aos serviços públicos, que se trata apenas de um elenco prescricional, sem cunho vinculante para os prestadores, em especial. A Carta não prevê remédios de cunho judicial, do tipo reparação de danos ou mandado de segurança, para a solução de eventuais problemas relativos ao descumprimento dos princípios por ela estabelecidos. Nesse sentido, é pertinente a consideração de Rodney AUSTIN⁶¹⁶ de que, apesar de se utilizar de conceitos do setor privado, tratando o cidadão como consumidor, a ideologia transposta para o documento omite um fator crucial de obrigações juridicamente vinculantes, oriundas de uma relação contratual, ou de ordem legal. Essa situação só pode ser bem apreendida se levar em conta uma conformação de governo do tipo britânico em que uma manifestação de vontade da Coroa, por si só, afeta a conduta dos súditos, prescindindo-se de um mandamento com força legal para a sua observância. É da cultura britânica obedecer preceitos como os da *Citizen's Charter*, com as características apontadas acima. Esse documento impõe uma conduta de ordem moral que se espera seja respeitada para o bem de todos os cidadãos. É uma questão de manutenção da estabilidade, da ordem e cumprimento.

Um fato notável, ainda para confirmar a importância que o documento adquiriu, foi a influência que ele teve sobre outros países da União Européia, que decidiram adotar um documento semelhante. Podem-se encontrar modelos dessa ordem em outros países, tal como a França e a Itália e, mesmo, no âmbito da União Européia.

⁶¹⁶ AUSTIN, *Administrative law's* ..., p. 21.

Finalmente o *Open Government*, de 1993, surgiu por conta de um anseio de uma legislação sobre liberdade de informação. Foi editado o *Code of Practice on Access to Government Information* (Código de Prática ao Acesso à Informação Governamental). Mais uma vez, observa AUSTIN, trata-se de um documento sem força vinculante, que foi visto com um certo ceticismo pela comunidade acadêmica⁶¹⁷, embora tenha representado um grande passo para um governo cujas decisões habitualmente eram secretas.

6.7 RAZÕES PARA O SURGIMENTO DE UM SERVIÇO PÚBLICO

Partindo do pressuposto de que existe uma noção funcional de serviço público, passa-se a examinar como ele surgiu na ordem jurídica e as razões que justificaram o aparecimento desse tipo de atividade prestacional.

Toda a atividade de interesse geral que recebe a denominação de “serviço público” pelo direito inglês é estabelecida por lei, que autoriza o seu exercício. O serviço público nasce, portanto, de um ato de autorização legislativa⁶¹⁸, que pode ser uma lei ordinária ou por lei especial denominada *Private Act of Parliament*⁶¹⁹. O exercício dessa atividade pode ser atribuído tanto a uma pessoa física, quanto jurídica (pública ou privada) conforme a lei que a autorizou estabeleça.

Além da autorização legislativa, um serviço público diferencia-se de uma atividade privada porque atende a um fim de interesse público. É, em última análise,

⁶¹⁷ AUSTIN, *Administrative law's* ..., p. 22.

⁶¹⁸ Sob esse aspecto, poderia até se reconhecer que essa noção se assemelha à noção subjetiva proposta por JÈZE. Ou seja, é serviço público aquilo que a lei aponta como tal.

⁶¹⁹ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 231.

isso que permite a intervenção do Poder público nos diversos setores que podem ou não ter relevância econômica. Como asseveram BELL e KENNEDY⁶²⁰, as justificativas (vinculadas ao atendimento do interesse coletivo) que imprimem a uma atividade o caráter de serviço público podem ser divididas em dois grupos: as tradicionais e as recentes (modernas).

No primeiro grupo, estão aquelas justificativas vinculadas à saúde pública e à ordem pública. O âmbito de saúde pública deve ser compreendido em sentido amplo, já que engloba os serviços de albergues públicos, cemitérios, serviços sanitários, hospitais, transportes de passageiros (trens e ônibus), serviços de gás e eletricidade. Por ordem pública, deve-se entender a necessidade de controle especial, devido em grande parte às possíveis falhas de mercado sobre uma exploração econômica como se passa, por exemplo, no setor de telecomunicações, no setor de transportes públicos, ou ainda, pela necessidade de se protegerem direitos, como em casos que envolvem exploração do meio-ambiente.

As mais modernas justificativas são: a garantia de acessibilidade aos serviços essenciais à vida; a garantia de qualidade e continuidade dos serviços necessários à coletividade; a proteção do consumidor contra o poder dos fornecedores de serviços; e, finalmente a garantia de existência da livre concorrência. Esses pressupostos para a intervenção estatal estão ligados tanto aos preceitos do Estado do Bem-Estar Social quanto ao modelo de mercado livre que se difundiu, principalmente, a partir do governo de M. Thatcher. Veja-se, então, a que se resumem essas justificativas.

⁶²⁰ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 238.

A garantia de acesso aos serviços essenciais à vida substitui a idéia de “alívio de pobreza”, relacionada com o “*Poor Relief Act*”, antes referido. Assemelha-se, também, ao conteúdo do “*Daseinsvorsorge*” da doutrina de FORSTHOFF, antes examinado. A proteção dessa garantia impõe obrigações tanto ao Estado quanto aos particulares que prestam serviços de relevante interesse coletivo. Essa garantia tende a vincular-se à idéia de serviço universal, atualmente difundida pelo direito comunitário.

A garantia de qualidade e de continuidade de uma atividade também pode revelar a necessidade de atribuir a ele o caráter de serviço público. A preocupação com a garantia da qualidade justifica-se pelo fato de nem sempre ser o mero jogo do mercado capaz de proporcionar o padrão adequado que os usuários do serviço devem encontrar⁶²¹. A questão da continuidade confunde-se, no entanto, com o princípio do mesmo nome que rege os serviços públicos da maioria dos países onde se encontra organizada a atividade de prestacional de interesse coletivo. Para os ingleses, a continuidade não só justifica a eleição de uma prestação como serviço público, mas rege também a sua execução, já que a atividade está sujeita a estrito controle de um poder regulador. A garantia da continuidade também visa a preservar determinado serviço das conseqüências das falhas de mercado⁶²².

O consumidor dos serviços públicos britânicos goza, ainda, de especial proteção em relação aos fornecedores desses serviços. A existência de agentes reguladores tem também a função de tutelar essa relação entre fornecedores e

⁶²¹ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 241.

⁶²² Ibid., p. 255.

cidadãos-consumidores. Nesse ponto, a Carta dos Cidadãos tem especial relevância, como se apontou acima. Destaque-se, ainda, que a relação jurídica que se põe não é semelhante à encontrada no direito romanista (Administração-Administrado), mas uma relação fornecedor-consumidor.

Finalmente, a garantia da livre concorrência tem como finalidade a obtenção do menor custo dos serviços. Para que isso seja possível, esse mercado deve sujeitar-se ao controle, vez que, como já se comprovou no passado, o livre jogo das forças de mercado nem sempre propicia menores preços de serviços.

6.8 ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Como na maioria dos países já estudados, há duas esferas de organização de serviços públicos, sem significar que exista uma distribuição constitucional de competências. Há apenas uma prática estabelecida de que o governo nacional organiza os serviços e a execução fica a cargo dos governos locais ou regionais. Fazem parte dos ditos serviços públicos nacionais os tradicionalmente referidos como “*public utilities*”: água, gás, eletricidade, telecomunicações, correios, televisão, portos e estradas de ferro. Esses serviços, em geral, estão sujeitos às regras das respectivas agências reguladoras.

Já na esfera local, existe uma margem de discricionariedade para a escolha das prestações que o município pretende organizar, passando, em geral a execução para o particular⁶²³.

⁶²³ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 244.

BELL e KENNEDY⁶²⁴ constataam que se pode vislumbrar outro nível de prestação de serviços públicos. Trata-se dos serviços cuja existência é apenas garantida pelo o setor público, que, se necessário, intervém para tanto, mas não se incumbe de organizar. São exemplos dessa categoria os serviços funerários e os transportes em zonas rurais. A doutrina não é clara, no entanto, quanto a localizar esse tipo de serviço no nível nacional ou no nível local. Mais acertado, parece, é admitir que o governo local intervenha já que pode detectar mais facilmente essas carências do mercado.

6.9 CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que, na Grã-Bretanha, cerca de 20 anos de reformas alteraram significativamente o modo de operar serviços nacionalizados no período pós-guerra (1945 a 1950). As reformas todas seguiram uma linha sistemática de adoção de medidas com o escopo de passar à iniciativa privada toda a gama de serviços de cunho econômico então prestados pelo governo ou entes locais. Juntamente com as privatizações, surgiram documentos que, em nível não vinculante, prescreveram uma nova ordem de relacionamento entre os prestadores de serviços e os cidadãos, agora tratados como consumidores. Nesse sentido são precisas as palavras de RODNEY AUSTIN: na Grã-Bretanha “o serviço público não é mais do público enquanto grupo, mas acima de tudo, o bem prestado ao consumidor individual de serviços públicos específicos e limitados”⁶²⁵.

⁶²⁴ BELL; KENNEDY, op. cit., p. 245.

⁶²⁵ AUSTIN, Rodney. Le concept de service public en droit britannique. In: GRARD, L. (Org.); VANDAMME, J. (Org.); MENSBRUGGHE, F. van der (Org.). **Vers un service public européen, vers un service public européen**. Paris: ASPEurope, 1996. p. 160.

Diversas leis passaram a regular cada setor em específico: saúde, água, energia elétrica, gás, ferrovias, para citar alguns. Foram criados os órgãos reguladores para cada setor: *Office of Water Regulation (Ofwat)*, *Office of Electricity Regulation (Offer)*, *Office of Gas (Ofgas)*, *Office of Telecommunications Regulation (Ofstel)*.

As considerações acima levaram Gerard MARCOU⁶²⁶ a destacar algumas características distintivas da idéia de serviço público do caso inglês em relação aos países do continente. Primeiramente, ressalta a ausência de uma teoria jurídica capaz de fornecer um referencial no que tange à atividade de interesse geral, seja esse serviço considerado como um direito fundamental (como no direito alemão) ou mesmo como um conceito chave do direito administrativo. Isso deixa a questão em aberto, sujeita às mudanças decorrentes de momentos sócio-econômicos diversos. Depois, a relação entre o serviço prestado e o usuário nunca foi concebida no âmbito de direito público, cujo fim seria o do interesse coletivo, mas sim dentro de um âmbito de relação simples de consumo. Ou seja, a origem do prestador do serviço (público ou privado) não transformava o tipo de relação entre esse e o cidadão, usuário do serviço. Finalmente, aquilo que se põe como princípio no direito continental, continuidade e igualdade dos usuários, é apenas decorrência do conteúdo da prescrição inserida numa autorização, mas não se trata de aplicação de princípios gerais de direito.

O panorama atual dos serviços públicos na Grã-Bretanha caracteriza-se pela sua criação e organização⁶²⁷ em âmbito nacional por uma lei que o insere em um

⁶²⁶ MARCOU, *I servizzi* ..., p. 136.

⁶²⁷ BELL, op. cit., p. 131.

quadro jurídico que possibilita a tomada de decisões mais minuciosas em âmbito regional ou local. O ministro, autorizado por lei, toma decisões que prescrevem as linhas gerais de um dado serviço público para ele venha a ser executado por órgãos independentes regionais ou locais, também criados por lei. Essa organização dos serviços privatizados aplica-se às atividades de rede, como a água, eletricidade, gás, transporte, telecomunicações, saúde e ensino público.

Essas considerações a propósito da organização atual dos serviços públicos britânicos levaram John BELL⁶²⁸ a concluir que existe no interior dessa estrutura um elemento da concepção francesa de “serviço universal”. O autor verifica esse dado pela análise das obrigações de prestação mínima de um dado serviço, ainda que seja subvencionado pelo ministério concedente da autorização. Essa obrigação diferencia, em última análise, os serviços cuja prestação é de interesse público daqueles que são prestados num regime de livre mercado, apenas com o fim de obtenção de lucro.

A tradição britânica de independência regional tem dado lugar a uma conformação de padrões de serviços, dentre os chamados obrigatórios, como a educação. John BELL ensina que o princípio da igualdade dos cidadãos tem impulsionado a gradual uniformização dos serviços em alguns setores com o fim de garantir níveis de eficiência equivalentes em todos o país.

Finalmente, cabe concluir que não existe uma definição jurídica de serviços públicos britânicos. Porém, o estudo do tema, sob seu aspecto funcional, demonstra a existência de uma idéia semelhante à noção encontrada no direito dos países já

⁶²⁸ BELL, op. cit., p. 131.

estudados. De fato, o que se buscou demonstrar com o discorrido acima foi a evolução fática que permeia a história do serviço público de cada país tratado nesse trabalho. Mais uma vez, não se pode negar que continua existindo uma gama de atividades, tanto prestadas pelo Estado, como a educação, quanto reguladas pelo Estado com o fim de garantir o acesso e o fornecimento satisfatório por todos os cidadãos.

O centro da preocupação do governo britânico não é a criação de conceitos ou de leis que instituem um modelo único de serviço público. O foco está dirigido para o modo de gestão dos serviços, como aponta John BELL. Esse autor assevera que tanto a *Citizen's Charter*, quanto as leis de mercado impõem a observância a princípios relativos à gestão de serviços públicos: “os princípios da qualidade do serviço prestado ao público e da economia nas despesas do setor público (administração direta) são, portanto, fundamentais”.⁶²⁹

Além do mais, a noção de serviço de interesse econômico geral, que faz parte do novo vocabulário dos Estados-membros da União Européia, encontra apoio nos fundamentos políticos da prática administrativa e na dinâmica econômica britânica, como se pode inferir do estudo até aqui realizado.

⁶²⁹ BELL, op. cit., p. 135.

7 O DIREITO COMUNITÁRIO

7.1 COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

O tema de serviço público para o direito comunitário⁶³⁰ está intimamente ligado aos limites da intervenção de cada Estado-membro na sua própria economia, especialmente no que diz respeito à liberdade de empresa e livre concorrência. O direito comunitário impõe que se adote uma nova postura diante do setor tradicionalmente regido pelo regime de direito público, deixando que as regras de direito privado e a lógica de mercado sejam, respectivamente o fundamento e o vetor do novo serviço público.

As limitações impostas ao setor pelos já editados Tratados de Roma, Maastricht e Amsterdã não atingem, no entanto, o regime público ou privado de propriedade empresarial⁶³¹. Com isso conclui DEWOST, que “os Estados são livres para escolher esse regime” (de propriedade) e que “as regras do tratado se aplicam igualmente tanto às empresas privadas como às públicas”⁶³². O disposto no art. 222 do Tratado de Roma induziu à conclusão de os Estados-membros poderiam, inclusive criar e manter os monopólios de produção, explica MORENILLA⁶³³, desde que essa

⁶³⁰ A expressão “direito comunitário” refere-se ao contexto da União Européia. É claro que cada “comunidade de Estados” produz um “direito comunitário distinto”. Para uma consideração mais específica ao “direito comunitário do Mercosul”, consulte-se: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mercosul e a importância do direito comunitário emergente, *RTDP*, São Paulo, n. 18, p. 28-33, 1997.

⁶³¹ Consulte-se o Tratado de Instituição da CE, art. 222, atual art. 295: “O presente tratado não prejudica em nada o regime da propriedade nos Estados-membros”. e o art. 83 do Tratado CECA.

⁶³² DEWOST, op. cit., p. 153-154.

⁶³³ MORENILLA, op. cit., p. 253.

conduta estivesse em consonância com os demais mandamentos do ordenamento jurídico comunitário.

A igualdade de tratamento entre o setor empresarial privado e o público foi estabelecida com a finalidade de prevenir que o princípio da livre concorrência fosse descumprido, tanto pelo favorecimento a alguma empresa, quanto por algum especial incentivo estatal⁶³⁴ que colocasse em risco o equilíbrio do mercado comum. Segundo Denys SIMON⁶³⁵, em virtude da neutralidade que o artigo 222 representa no tocante à titularidade do gestor do serviço de interesse geral, impõe-se considerar antes a atividade do que o modo de gestão (pública ou privada). Ver-se-á adiante que o tema de serviço de interesse econômico geral sempre é tratado em vista de uma concepção objetiva, material, do instituto.

Por decorrência do artigo 222 do Tratado da CE que trata do regime de propriedade dos Estados-membros, houve um período inicial das relações comunitárias durante o qual não se verificou qualquer preocupação com o setor de prestação de serviços públicos, aponta Denys SIMON⁶³⁶. Também Pierre BAUBY observou essa indiferença inicial da então CEE quanto ao tema de serviço público, assinalando que essas atividades desempenhadas no interior de cada Estado-membro não causavam

⁶³⁴ Sobre os auxílios concedidos pelos Estados veja-se o art. 87 do Tratado da C.E. (antigo art. 92), § 1°. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções. (VILHAÇA, José Luís; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 2. ed. **Tratado de Amsterdão**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 79).

⁶³⁵ SIMON, Denys. Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communautaire**: entre l'intérêt général et le marché. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 74.

⁶³⁶ Ibid., p. 69.

maior preocupação nem tinham suficiente relevância para que se pensasse em harmonizá-las⁶³⁷.

Tanto a constatação de indiferença em relação ao tema parece ser verdadeira que, ao julgar uma questão de monopólio estatal nos anos 60, sequer foi levantado o problema dos serviços públicos. O mais citado e conhecido julgado é COSTA v. ENEL⁶³⁸. Nessa ocasião, a CJCE apóia-se no artigo 37⁶³⁹ do Tratado da CE para esclarecer que não estão proibidos os monopólios estatais, desde que eles não impliquem algum tipo de discriminação entre os nacionais dos Estados-membros. Os monopólios aos quais se refere o artigo são aqueles cujo produto⁶⁴⁰ tenha possibilidade de estar em concorrência no mercado dos países membros. Como decorrência disso, os países membros que detivessem monopólios sobre certos produtos poderiam continuar suas atividades, de forma compatível com o Tratado, salvo se essa atividade

⁶³⁷ BAUBY, *Le service ...*, p. 87.

⁶³⁸ Julgado em 1964 (Case 6/64).

⁶³⁹ Atual artigo 31, onde se lê: Art. 31. 1 Os Estados-membros adaptarão os monopólios nacionais de natureza comercial, de modo que esteja assegurada a exclusão de toda e qualquer discriminação entre nacionais dos Estados-membros, quanto às condições de abastecimento e de comercialização.

O disposto no presente artigo é aplicável a qualquer organismo através do qual um Estado-membro, de jure ou de facto, controle, dirija ou influencie sensivelmente, directa ou indirectamente, as importações ou as exportações entre os Estados-membros. Estas disposições são igualmente aplicáveis aos monopólios delegados pelo Estado.

2. Os Estados-membros abster-se-ão de tomar qualquer nova medida que seja contrária aos princípios enunciados no n.º 1 ou que restrinja o âmbito da aplicação dos artigos relativos à proibição dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas entre os Estados-membros.

3. No caso de um monopólio de natureza comercial comportar regulamentação destinada a facilitar o escoamento ou a valorização de produtos agrícolas, devem ser tomadas medidas para assegurar, na aplicação do disposto no presente artigo, garantias equivalentes para o emprego e nível de vida dos produtores interessados.

⁶⁴⁰ Somente produtos (mercadorias) estão abrangidos por esse artigo, já que o art. 37 (atual 31 está no título A livre circulação de mercadorias, fato esse confirmado pela decisão da CJCE 155/73, consoante nota de: SIMON, *op. cit.*, p. 69.

restringisse a livre circulação de mercadorias. Chama a atenção o fato de o artigo 86, §2º⁶⁴¹, que tratava de concorrência, não ter sido invocado na questão.

Observa-se que, de modo genérico, todos os países da União Europeia iniciaram reformas de Estado, atendendo não só às motivações de ordem interna mas, também, às prescrições do direito Comunitário. As medidas para a adoção de um modelo econômico concorrencial atingiram diretamente os serviços públicos organizados de forma empresarial. Isso fez com que a Comissão de Bruxelas passasse a debater essa problemática com maior veemência, especialmente provocada pelos franceses.

Essa atitude da Comissão visou a dar resposta ao temor expresso pelos franceses de que a onda do livre mercado deixaria uma lacuna importante na construção do direito europeu. A esse propósito, já tinha observado Pierre BAUBY que em meados dos anos 80 a evolução para um mercado comum provocou uma lenta corrosão dos fundamentos dos serviços públicos⁶⁴², o que explicaria o desprestígio do instituto no período. Contudo, ao longo dos anos noventa, esse efeito colateral da integração europeia foi atenuado com a reação doutrinária e política em defesa do papel dos serviços públicos protagonizada particularmente pela França.

Tem-se dito que, sob influência do movimento liberalizante do mercado da década de 80, tendência que se verificou nos países integrantes da União Europeia,

⁶⁴¹ Atual art. 86.2 do Tratado da Comunidade Europeia.

⁶⁴² BAUBY, *Le service ...*, p. 88. O autor reafirmou sobre esse processo de corrosão progressiva dos fundamentos dos serviços públicos em: BAUBY, Pierre. Rapport introductif. In: PAULIAT, Hélène (Org.). *La cohesion territoriale et les services publics en Europe: interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam*. Limoges: Pulim, 1999. p. 18.

pouca atenção se direcionou ao tema “serviço público”, à época. Pode-se afirmar, sem equívoco, que nesses anos a integração europeia tinha como tônica, quase que exclusivamente, a construção dos mecanismos de funcionamento do mercado comum. Importava mais aos países membros corrigir o desequilíbrio da intervenção estatal⁶⁴³ na economia, motivo principal, aliás, das reformas administrativas ocorridas nos países da União Europeia. Não resta dúvida de que se pretendeu criar um mercado aberto e integrado, regido pela livre concorrência. É por esse motivo que, ao abordar o tema, parece ser imperativo tratá-lo, num primeiro momento, dentro da perspectiva do princípio da livre concorrência imposto pelo direito comunitário. KOVAR, a esse propósito, propõe que se estude a possibilidade do direito comunitário conciliar as exigências de serviço público com as da manutenção da livre concorrência⁶⁴⁴. Pode-se afirmar, com isso, que a lógica dominante dos Tratados da CE reside na predominância de uma economia de mercado⁶⁴⁵. É sob esse enfoque que se abordará o tema de serviço público no direito comunitário.

⁶⁴³ Sobre a distinção entre intervenção (do Estado) e atuação estatal sugere-se a consulta a Eros GRAU, que apregoa a intervenção como forma de “atuação estatal em área do setor privado” e a atuação estatal expressa tanto a ação do Estado na esfera que lhe é própria – pública - como na esfera alheia – privada. Consulte-se: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124-125.

⁶⁴⁴ KOVAR, **Droit communautaire** ..., n. 32, p. 219.

⁶⁴⁵ BAUBY, Pierre; BOUAL, Jean-Claude. La prise en compte de la notion de “service public” dans la construction européenne. In: WARIN, Phillippe (Org.). **Quelle modernisation des services public**. Paris: Découverte & Syros, 1997. p. 310.

7.2 O SERVIÇO PÚBLICO E A EVOLUÇÃO FORMAL DO PROJETO COMUNITÁRIO

Passa-se ao breve exame dos Tratados⁶⁴⁶, naquilo que diz respeito ao tema de serviço público/serviço de interesse econômico geral com o fim de demonstrar-se a importância do instituto para o direito comunitário atual.

7.2.1 O Tratado de Roma

O Tratado de Roma deu início a uma odisséia de transformações na esfera econômica, política e cultural no continente europeu. Embora os dois últimos âmbitos tardassem a ser percebidos e colocados em prática, o primeiro foi, inequivocamente, o de mais célere implementação. Não foi por acaso que esse tratado instituiu a Comunidade **Econômica** Européia. A preocupação preponderantemente econômica encontrava suas razões no panorama do pós-guerra que revelava uma Europa debilitada, sem condições de concorrer no mercado mundial. Essa inquietação, aliada ao crescimento econômico que se vivenciava nos Estados Unidos da América, produziu o germe dessa aliança que hoje se conhece como União Européia.

A assinatura do Tratado de Roma encetou, antes e acima de tudo, o projeto de alcançar a supremacia econômica dos seus signatários. Para isso, as mudanças deveriam tomar o rumo da liberalização e da redução da intervenção do Estado ao

⁶⁴⁶ A título de esclarecimento, JUSTEN FILHO elucida que “o Direito Comunitário originário ou primário compreende os Tratados, assim como outros atos de natureza constitutiva (tal como o Ato Único de 1986, os protocolos e declarações anexas).” (JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia: a esperança de um mundo novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 12, p. 65-125, 1999. p. 106).

mínimo necessário à manutenção do funcionamento do mercado. Essas medidas serviriam, de imediato, a facilitar o comércio entre os Estados-membros e garantir a livre circulação de bens, serviços, capitais e de pessoas. Nesse contexto, o relatório de Christian STOFFAËS declara que o Tratado de Roma era algo como uma máquina de liberalizar, no espírito e na letra⁶⁴⁷.

7.2.1.1 A lógica da concorrência

O direito comunitário da concorrência está articulado de modo a atender um modelo econômico neoliberal, sob a luz das teses da redução do Estado, da eficiência e da concorrência⁶⁴⁸. No entanto, a livre concorrência para o direito comunitário não implica em abertura irrestrita do mercado e controle único pelos seus próprios mecanismos. Acredita-se que o mercado funciona também sob a regulação de ordem pública que lhe dá uma conformação diversa daquele modelo experimentado no século XIX⁶⁴⁹.

Em linhas gerais, podem ser extraídas⁶⁵⁰ as características adiante apontadas desse “direito comunitário da concorrência”. Inicialmente, cabe destacar que a finalidade desse direito é proporcionar a integração econômica dos países membros da

⁶⁴⁷ Confira-se a introdução ao tema em: STOFFAËS, Christian. **Services publics**: question d’avenir. Paris: **Odile Jacob; La documentation française**, 1995. p. 283.

⁶⁴⁸ Consulte-se o capítulo sobre o tema liberalização nos anos 80-90 em: BAUBY, **Le service ...**, p. 58 et seq.

⁶⁴⁹ Embora não caiba maior aprofundamento sobre o tema neste estudo, são evidentes as diferenças entre o que se usa denominar como liberalismo econômico do século XIX e o neoliberalismo da segunda metade do século XX. Sobre o tema confira-se: CASSESE, **La nuova ...**, p. 8 et seq. e SALOMONI, Jorge. **Teoria geral dos serviços públicos**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999. p. 33 et seq. e 325 et seq.

⁶⁵⁰ Confira-se, para aprofundamento, o relatório de: STOFFAËS, op. cit., p. 297 et seq.

Comunidade. Em decorrência disso, passa-se a adotar a premissa de que o mercado goza de uma presunção de eficácia instrumental que lhe é inerente. Ou seja, o mercado tem condições intrínsecas de se ajustar de modo a produzir um resultado mais eficaz na geração do bem estar econômico do povo. Porém, aliada a essa característica natural do mercado, o direito comunitário quer proteger os abusos de poder econômico e gerar a igualdade de condições de agentes econômicos. Para isso, existem regras de regulação da concorrência⁶⁵¹ que submetem a todos os Estados-membros. Dentro desse quadro ficam impedidas as práticas do tipo acordos verticais, abusos de monopólio, proteção de empresas nacionais ou qualquer outra modalidade de protecionismo⁶⁵².

STOFFAËS acredita que se pode encontrar uma justificativa importante em todo esse panorama de livre concorrência: a alocação de recursos e do desenvolvimento da inovação e do progresso tecnológico⁶⁵³. Não se pode negar que a concorrência patrocinada nesses moldes tende a elevar a qualidade de vida de algumas regiões menos desenvolvidas e proporciona uma dinâmica econômica que pode beneficiar determinados grupos da população. Os exemplos dessa assertiva são encontrados em países como Portugal, onde, por exemplo, a malha viária ampliou enormemente o número de auto-estradas e proporcionou uma inclusão social de habitantes de áreas antes isoladas.

Por fim, deve-se ter em mente que a opção pela lógica da concorrência como norteadora das políticas econômicas da CEE não se constitui um fim em si mesmo. O

⁶⁵¹ Título VI do Tratado da Comunidade Européia.

⁶⁵² Confirma-se, mais precisamente, o texto de: VLACHOS, Georges. **Droit économique français et communautaire**. Paris: A. Colin, 1996. p. 101 et seq.

⁶⁵³ STOFFAËS, op. cit., p. 299.

Tratado da Comunidade Européia declara explicitamente que será assegurada “a coerência e a continuidade de suas ações para atingir os seus objetivos”⁶⁵⁴. Isso impõe um tratamento da concorrência compatível com princípios tais como das liberdades fundamentais, respeito pelos Direitos do Homem, democracia e do Estado de direito. É nesse contexto que se deve compreender a concorrência e, por conseguinte, a noção de serviço público que se insere nesse edifício jurídico.

7.2.1.2 A aparente indiferença em relação ao serviço público

A criação desse mercado livre europeu, fundamentado no liberalismo econômico, não levou em consideração, num primeiro momento, uma noção de serviço público. Isso conduziu PONTIER a afirmar que a filosofia que orientou o Tratado de Roma foi estranha ao conceito de serviço público⁶⁵⁵.

Além de não salvaguardar o conceito de serviço público, a orientação do Tratado foi ao sentido de reduzir os espaços ocupados pela atuação direta do Estado no mercado, atingindo, em última análise, os serviços públicos tais como se configuraram no período pós-guerra.

Pierre BAUBY⁶⁵⁶ assevera, ainda, que o fenômeno da liberalização no setor dos serviços em rede, por exemplo, não ocorreu como um fato isolado, mas se associou ao contexto da globalização, fenômeno mundial.

⁶⁵⁴ Artigo 3º do Tratado consolidado da Comunidade Européia.

⁶⁵⁵ PONTIER, op. cit., p. 35.

⁶⁵⁶ BAUBY, *Le service ...*, p. 58 et seq.

O fato de que, até 1973, a Comunidade era integrada por apenas seis países⁶⁵⁷ também pode ter contribuído para a indiferença em relação ao tema do serviço público, especialmente os de relevância econômica. É possível cogitar de três hipóteses. A primeira seria que os signatários originais não tinham percebido a importância desses serviços para a integração econômica. A segunda seria eles imaginarem ser possível transferi-los em bloco para o setor privado, através de programas de privatização. A terceira seria que eles não pretendiam fechar questão nessa matéria.

No texto do Tratado de Roma, havia uma única referência expressa a serviço público, no artigo 77⁶⁵⁸, que trata do setor de transportes. Salvo este dispositivo, a primeira versão do Tratado da Comunidade Econômica Européia⁶⁵⁹ não utilizava a expressão em seu texto. É uma alusão quase acidental⁶⁶⁰ acerca de um tema que, mais tarde, veio a ser inserido no conjunto dos serviços de interesse econômico geral.

MORENILLA discorda da tese de que essa solução legislativa representou uma espécie de negação ao instituto, preferindo entender, embora a propósito de versão posterior, que o Tratado da Comunidade Européia “reconhece, pressupõe a instituição de serviço público, pois não é em vão que se refere à ‘noção de serviço

⁶⁵⁷ Os países eram: França, Itália, Alemanha, Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

⁶⁵⁸ Artigo 77 do Tratado de Roma, atual artigo 73 do Tratado da Comunidade Européia, no título V, sobre transportes: “São compatíveis com o presente Tratado os auxílios que vão ao encontro das necessidades de coordenação dos transportes ou correspondam ao reembolso de certas prestações inerentes à noção de serviço público”. (VILHAÇA, op. cit., p. 72).

⁶⁵⁹ Atualmente chamada Comunidade Européia que, desde o Tratado de Maastricht (em vigor desde 01/11/1993), coexiste com a União Européia.

⁶⁶⁰ Nesse sentido é adequada a observação de Jean-Yves CHÉROT sobre como, em 1957, os signatários do Tratado de Roma não vislumbravam o caso dos serviços públicos em rede e as questões em torno desses como importantes para a integração econômica. Leia-se: CHÉROT, Jean-Yves. L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau. *AJDA*, Paris, n. 3, p. 171, 1996. p. 171 et seq.

público' e ao estatuto específico que este deve sustentar"⁶⁶¹. De fato, não se pode admitir que a intenção do legislador comunitário tivesse sido acidental e não retratava o objetivo de deixar aberta a discussão sobre um tema aparentemente secundário à época da instituição da CEE.

O fato é que, diante das prioridades de outras medidas para a construção comunitária, tais como, exemplifica STOFFAËS⁶⁶², as disputas sobre o mercado agrícola e o mercado de produtos industrializados, as negociações de inclusão de outros membros, o problema relativo aos serviços públicos econômicos foi sendo deixado para posterior apreciação.

7.2.1.3 O disposto no (atual) art. 86, § 2º⁶⁶³

No capítulo relativo às regras de concorrência encontra-se a novidade terminológica que guarda alguma identidade com a noção genericamente difundida de serviço público: trata-se da figura do **serviço de interesse econômico geral**. A nova expressão já constava da primeira redação do Tratado da Comunidade, o Tratado de

⁶⁶¹ MORENILLA, op. cit., p. 273. O autor refere-se ao artigo 73 (ex-art. 77).

⁶⁶² Consulte-se: STOFFAËS, op. cit., p. 293.

⁶⁶³ Lê-se no artigo 90 (atual 86) do Tratado da Comunidade “§ 1º No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 12º e 81º a 89º, inclusive. § 2º 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). § 3º. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas”. (VILHAÇA, op. cit., p. 78).

Roma. Entretanto, a novidade não chamou a atenção nem dos aplicadores do direito, nem de doutrinadores durante pelo menos 30 anos.

O dispositivo do artigo 90 (atual artigo 86⁶⁶⁴), §2º, apresenta tamanha importância para o estudo que autoriza nova transcrição:

Art. 86, § 2º 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.

Sempre restará uma dúvida se a adoção da expressão consagrada pelos Tratados representou uma tentativa de ruptura com conceitos pré-existentes, com o fim de lhe dar conotação diversa, numa ordem jurídica nova. Seria, talvez, uma tentativa de rejeição ao instituto “serviço público” tal como ele é compreendido pela doutrina francesa, onde era supervalorizado? Não parece ser possível responder a essa pergunta.

Parece ser justa e compreensível, no entanto, a escolha de uma expressão terminológica, como a do artigo 86, §2º, não vinculada à cultura jurídica de um dos Estados-membros em particular. Entende-se que o legislador europeu fez uma opção que buscou transferir à idéia de “serviço público” neutralidade ideológica, ao menos em tese. Soma-se a isso o fato de que em nenhum país membro da UE, de que se tem

⁶⁶⁴ O artigo constava do Tratado de Roma e foi mantido com os Tratados de Maastrich e de Amsterdã. Recebeu nova numeração a partir de Amsterdã.

notícia, utilizava-se a expressão “serviço de interesse econômico geral”. Reforçam a tese da neutralidade terminológica as palavras de Denys SIMON:

“É sem dúvida mais adequada a preocupação de adotar um vocabulário independente de conotações nacionais, diferentes de um Estado-membro a outro, e de forjar conceitos que não se identificam necessariamente com as noções tradicionalmente utilizadas na cultura jurídica dos diferentes Estados-membros”⁶⁶⁵.

Como costuma acontecer com novas escolhas semânticas, a opção por “serviço de interesse econômico geral” tem consumido alguns anos de debates e de construções teóricas.

Enquanto não se verificava a difusão da expressão adotada pelo Tratado da CE, “serviço de interesse econômico geral”, muitos autores trataram do tema como serviço público, mesmo fora da França⁶⁶⁶. Mas é interessante notar, no entanto, que os textos consultados e citados nesse trabalho continuam a utilizar a expressão serviço público para tratar da idéia generalizada de prestação de serviço pelo Estado, mais especificamente dos serviços públicos econômicos⁶⁶⁷. Ademais, deve-se ponderar aqui que se pode encontrar nos documentos expedidos pela própria Comissão de Bruxelas,

⁶⁶⁵ SIMON, op. cit., p. 69.

⁶⁶⁶ A vasta produção doutrinária dos anos 90 e também a partir de 2000 continua confirmando a tese de que a locução serviço público é utilizada para referir-se ao serviço de interesse econômico geral. Isso é especialmente verdade quanto à doutrina italiana. Consulte-se a bibliografia deste trabalho para se a ratificação desse fato.

⁶⁶⁷ Isso se confirma nas palavras de Claude QUIN: “De qualquer maneira que se os designe, serviço de interesse geral, ou serviços públicos...” (QUIN, op. cit., p. 255). Também entre os espanhóis já se disse que a locução **serviço de interesse econômico geral** é bem próxima daquilo que eles entendem como serviço público, especialmente do que eles entendem como serviço público econômico. Confira-se sobre o assunto: MORENILLA, op. cit., p. 278 et seq.

nos relativos às regras de regulação do mercado de energia elétrica⁶⁶⁸, por exemplo, a explícita referência a “serviço público” no sentido de “serviço de interesse econômico geral”. Por esse motivo, ao se tratar de serviço público no âmbito de direito comunitário, estará se tratando daqueles serviços públicos que se materializam como bem ou serviço de valor econômico, e que podem ser organizados segundo as regras do direito privado.

Até meados dos anos 90, a noção de serviço de interesse econômico geral não estava, ainda, bem assentada para juristas e operadores do direito comunitário. Dimitris TRIANTAFYLLOU assevera que se tratava de um conceito aparentemente evolutivo, desenvolvido progressivamente pelas instituições comunitárias e que comportava um conjunto de exigências de interesse geral aplicáveis em todos os Estados membros⁶⁶⁹. Essa observação pode ser reforçada pela lição de Marçal JUSTEN FILHO, em que o jurista destaca o aspecto da “construtividade”⁶⁷⁰ da União Européia justificada pela ausência de um modelo previamente definido, seja de suas instituições, seja de seus conceitos. Pode-se inclusive dizer que, essa “ausência de modelos prévios” tem a contrapartida positiva de possibilitar novas construções teóricas desse novo edifício jurídico.

⁶⁶⁸Confira-se a *Resolução do Parlamento europeu* de 10 de outubro de 1995, acerca de energia elétrica, em KOVAR, Robert. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire**: les grands textes, p. 239.

⁶⁶⁹ TRIANTAFYLLOU, Dimitris. L’encadrement communautaire du financement du service public. **RTD eur**, Paris, v. 35, n. 1, p. 236, jan./mar. 1999.

⁶⁷⁰ JUSTEN FILHO, **União européia ...**, p. 65-125.

As disputas conduziram à necessidade de uma diferenciação mais precisa entre os conceitos de serviço público e serviço econômico de interesse geral. Segundo definição encontrada no Glossário da União Européia:

A noção de serviço público tem um duplo sentido, designando tanto o organismo de produção do serviço como a missão de interesse geral a este confiado. É com o objectivo de favorecer ou de permitir a realização de missões de interesse geral que a autoridade pública pode impor obrigações específicas de serviço público a um organismo de produção do serviço, por exemplo, em matéria de transportes terrestres, aéreos ou ferroviários ou em matéria de energia. Estas obrigações podem ser impostas à escala nacional ou regional. Note-se que, com frequência, se confunde erroneamente serviço público e sector público (incluindo a função pública), ou seja, a missão e o estatuto, o destinatário e o proprietário.⁶⁷¹

Atualmente, no entanto, em especial a partir da Comunicação da Comissão n. 281 de 26 de setembro de 1996, tem sido difundida pelas instâncias comunitárias e pela doutrina a seguinte definição:

“Os serviços de interesse econômico geral designam as atividades de serviço comercializáveis que preenchem missões de interesse geral, estando, por conseguinte, sujeitas a obrigações específicas de serviço público (artigo 86º - antigo artigo 90º - do Tratado que institui a Comunidade Européia).”⁶⁷²

⁶⁷¹ Capturado do site: www.europa.eu.int, Glossário, em 21/05/02. Observe-se a semelhança desse conceito com o conceito da doutrina francesa, proposto por R.-É. CHARLIER: “A expressão designa: a) ora uma *atividade*, um conjunto de atos, ou mesmo o fim que lhe é comum; b) ora um *organismo*, uma empresa, um conjunto de meios (pessoas, bens, dinheiro e métodos a sua disposição tendendo a um certo fim permanente pela conjugação desses meios”. (CHARLIER, R.-É. *Service public*. In: WALINE, Marcel (Org.); ODENT, Raymond (Org.). **Répertoire de Droit Public et Administratif**. Paris: Dalloz, 1959. t. II, p. 868).

⁶⁷² Segundo definição encontrada no Glossário da União Européia que explica ainda: “...É o caso, em especial, dos serviços em rede de transportes, de energia e de comunicações. O Tratado de Amsterdão inseriu um novo artigo 16º no Tratado que institui a Comunidade Européia. Este artigo reconhece o lugar que os serviços de interesse econômico geral ocupam no conjunto dos valores comuns da União Européia, bem como o papel que desempenham na promoção da sua coesão social e territorial. Estes serviços devem funcionar com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.” Consulte-se o glossário no site www.europa.eu.int Note-se que esse conceito é produto de longos anos de debates sobre o tema. Surgiu com a Comunicação da Comissão n. 281 de 11 de setembro de 1996, e desde então tem sido adotada pela União.

Segundo KOVAR, a opção pela denominação serviço de interesse econômico geral revela a escolha por uma expressão menos ideológica e mais neutra⁶⁷³ para se referir a serviço público. Essa afirmativa só pode ser acolhida entendendo-se que o autor diz respeito ao serviço público comercial e/ou industrial, do direito francês, o que parece ser o caso.

Pode-se desenvolver a análise do dispositivo do art. 86, § 2º a partir do desdobramento da expressão serviço de interesse econômico geral em dois conceitos. O primeiro é o de serviço econômico (ou de atividade econômica) e o segundo, o de missão de interesse geral. Ambos os conceitos perfazem a noção de origem comunitária e admitem uma pluralidade de acepções.

A expressão literal do artigo 86, § 2º, induz à idéia de que visa apenas às atividades revestidas de interesse econômico. É pertinente indagar-se o que isso significa. Com o escopo de chegar à concepção de atividade econômica, Denys SIMON extrai uma definição negativa, afastando dessa esfera dois grupos de prestações. Segundo esclarece o autor, o primeiro grupo que escapa ao âmbito da atividade econômica diz respeito a todos os serviços que correspondem ao exercício do poder de império ou soberania do Estado, como, por exemplo, o controle do espaço aéreo de um país⁶⁷⁴. Igualmente, não se sujeitam às regras de concorrência, portanto não seriam considerados atividades econômicas, aqueles serviços que correspondem a uma função de exclusiva de solidariedade. Por ocasião de um caso concreto⁶⁷⁵, a Corte

⁶⁷³ KOVAR, *Droit communautaire* ..., n. 32, p. 221.

⁶⁷⁴ SIMON, op. cit., p. 75. O exemplo dado refere-se a uma questão apreciada pela Corte de Justiça, conhecida pelo nome *Eurocontrol*.

⁶⁷⁵ Caso *Poucet et Pistre*, CJCE 07/02/1993. (SIMON, op. cit., p. 75).

de Justiça reconheceu que atividades que preenchem uma “função de natureza exclusivamente social”, não se sujeitam às regras de concorrência. A subtração a esse regime deve ser motivada, segundo Denys SIMON, pelo princípio da solidariedade, pela ausência de fim lucrativo e pela obrigatoriedade de afiliação⁶⁷⁶. Este autor sugere, então que se defina atividade econômica como: “atividade suscetível de ser exercida por um particular que se encontra em situação de concorrência com atividades análogas exercidas pelos operadores econômicos privados”. Essa definição parece apoiar-se sobre duas bases: atividade desempenhada por **particular** que é exercida em regime de **concorrência**. No entanto, é importante ressaltar que, apesar do conceito proposto parecer satisfatório, não tem se configurado tarefa fácil definir atividade econômica. A ambigüidade da noção produz inúmeras incertezas⁶⁷⁷.

Aliás, entre nós, tem-se difundido uma interpretação a partir da CF/88 de uma noção de atividade econômica como gênero de que serviço público e atividade econômica em sentido estrito são espécies⁶⁷⁸. Isso significa dizer que tanto o serviço público quanto a atividade econômica em sentido estrito são formas de gerar bens e serviços, porém a primeira adstrita ao âmbito do setor público e o segundo no âmbito do setor privado. Por um lado o serviço público atem-se à produção de bens que podem ser avaliados economicamente⁶⁷⁹, mas destinam-se a suprir uma necessidade de

⁶⁷⁶ Isso diz respeito, especificamente aos casos de empresas de fundos de assistência e organismos de previdência social. SIMON, op. cit., p. 76.

⁶⁷⁷ Sobre isso, consulte-se: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 628 e JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997. p. 57.

⁶⁷⁸ Reputa-se como criador dessa concepção Eros GRAU. Confira-se: GRAU, op. cit., p. 123 et seq. Também adere a essa concepção JUSTEN FILHO, **Concessões de ...**, p. 56 et seq.

⁶⁷⁹ Ibid., p. 57.

interesse coletivo e sujeita-se a um regime jurídico especial. Por outro, a atividade econômica em sentido estrito é norteadada pela “**racionalidade econômica**”⁶⁸⁰, ou seja, não só se dirige à produção de bens e serviços que geram lucro, como rege-se integralmente pelo direito privado. Já o serviço público se subordina ao regime de Direito Público (e não está sujeito, portanto, à mera “racionalidade econômica”).

É forçoso reconhecer, no entanto, que essa categorização, jungida ao modelo constitucional brasileiro, parece levar em conta a titularidade do gestor, daí deriva a distinção categórica entre duas esferas: a pública e a privada. Uma classificação dessa ordem não encontra equivalência na doutrina comunitária sobre a matéria, vez que a disciplina do Tratado da Comunidade Européia funda-se no critério objetivo da atividade. A definição proposta por Denys SIMON pode servir à classificação de atividade econômica existente no direito brasileiro, mas a recíproca não parece ser admissível em face do sistema comunitário. Isso ocorre porque o direito comunitário privilegia o enfoque objetivo, enquanto que entre nós, por força da norma constitucional, a análise da matéria impõe-se pelo critério subjetivo.

Outra questão que surge diz respeito ao significado do cumprimento de uma “missão de interesse geral”. Denys SIMON sintetiza que essas “missões se caracterizam pelo cumprimento de prestações que não seriam desenvolvidas por um operador guiado unicamente pela obtenção de lucro”⁶⁸¹. Equivale dizer que uma missão de interesse geral não é uma atividade que pode ser gerida nos mesmos moldes

⁶⁸⁰ JUSTEN FILHO, *Concessões de ...*, p. 56.

⁶⁸¹ SIMON, *op. cit.*, p. 77.

que uma atividade econômica de mercado (ou atividade econômica em sentido estrito). A gestão financeira de uma missão de interesse geral inclui um custo relativo ao cumprimento de uma obrigação de serviço público que revela a sua particularidade e que permite invocar a derrogação das regras de concorrência estabelecidas no Tratado da Comunidade Européia.

Essa característica foi ressaltada pela primeira vez no julgado *Corbeau*, que será estudado adiante. Para Lucia MUSSELLI, descobrir até que ponto a satisfação de uma missão de interesse geral autoriza a derrogação das regras de concorrência e quais as atividades que delas podem prescindir é o momento mais significativo da elaboração comunitária em relação aos serviços públicos⁶⁸².

É importante consignar ainda que uma missão de interesse econômico geral apenas pode ser efetivamente caracterizada por um critério formal. Nesse sentido afirma Jean-Yves CHÉROT: “Uma missão específica atribuída a uma empresa determinada, por um ato de *puissance publique* é uma condição necessária para que o direito comunitário reconheça a presença de uma missão de interesse econômico geral.”⁶⁸³ Infere-se que, em princípio, para se reconhecer uma missão com essa natureza deve ser possível encontrar a sua definição no âmbito normativo interno de cada Estado-membro. Não é necessário que o reconhecimento de uma missão derive

⁶⁸² MUSSELLI, Lucia. Direttive Comunitarie e creazione amministrativa di un mercato nei servizi pubblici. *Rivista de Diritto Amministrativo*, Milão, n. 1, p. 135, 1998. Esta autora, como a grande maioria dos autores italianos não cede ao vocabulário comunitário e continua a chamar os serviços de interesse econômico geral de *servizi pubblici*. A explicação que se pode dar sobre esse fato é a de que a doutrina sobre serviço público tem-se apoiado na aceção objetiva do art. 43 da Constituição Italiana, e tem, inclusive, utilizado a expressão do direito anglo-saxão de *public utilities* para se referir justamente aos serviços que são chamados pelo direito comunitário de serviço de interesse econômico geral.

⁶⁸³ CHÉROT, L'article 90, § 2º, du traité de Rome ..., p. 176.

de um ato legislativo ou de um regulamento. Ensina Jean-Yves CHÉROT⁶⁸⁴ que se constitui um ato de *puissance publique* satisfatório, por exemplo, o caderno de encargos (edital) de uma concessão.

Essa é, aliás, uma importante questão relativa à aplicação da derrogação prevista no artigo 86, § 2º que tem se firmado no âmbito da Corte de Justiça e entre os doutrinadores: os Estados-membros são os responsáveis por definir as missões de interesse geral atribuídas a determinadas empresas, sujeito, no entanto, ao controle dos tribunais nacionais e da Corte de Justiça da Comunidade Européia. Nessa linha, é pertinente a advertência de Jean-Yves CHÉROT sobre a existência de uma margem de “manobra” sobre a definição de missão exercida pelo Estado-membro, já que ele a definirá tendo em vista o critério da vontade política e não um critério objetivo⁶⁸⁵. Esse margem de manobra pode, por sua vez, servir para assentar os interesses internos do Estado-membro diante das exigências comunitárias, o que pode ser bastante positivo para o progresso do mercado comum europeu.

7.2.1.4 A derrogação propriamente dita

Como dito anteriormente, o artigo 86, § 2º, guarda particulares implicações com o princípio norteador da construção do mercado comum europeu: o princípio da

⁶⁸⁴ CHÉROT, Jean-Yves. L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité, In: **RFD adm.**, v. 14, n. 1, p. 142, jan./fev. 1998. No mesmo sentido coloca MUSSELLI, op. cit., p.135.

⁶⁸⁵ CHÉROT, **L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome ...**, p. 171 et seq. Adverte-se que essa questão da definição do que seja serviço de interesse geral em cada país é o núcleo da comunicação de 20 de setembro de 2000, de que se fala ao final desse capítulo.

livre concorrência. Dito dispositivo trata da derrogação das regras de livre concorrência, apenas sujeita, no nível comunitário, à revisão e apreciação da Comissão e da Corte de Justiça das Comunidades Européias⁶⁸⁶.

O artigo 86 dirige-se aos Estados-membros como uma prescrição de ordem genérica contra qualquer sorte de discriminação feita a operadores de serviços de outros Estados-membros que restrinjam ou falseiem a concorrência no mercado comum. A exceção a esse imperativo vem logo em seguida com o § 2º, cuja derrogação das regras de concorrência se funda na proteção de empresas encarregadas de uma missão dita de interesse econômico geral.

DEWOST resume em poucas palavras em que situações o art. 86, § 2º, deverá ser aplicado: “nos casos de derrogação eventual do conjunto de regras do tratado; somente para empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral; e na hipótese em que a aplicação das regras do tratado forem obstáculo à realização de direito ou de fato da missão que lhe for confiada”⁶⁸⁷.

Para que a regra geral de concorrência deixe de ser aplicada, MORENILLA⁶⁸⁸ infere que devem ser esclarecidos três importantes aspectos: primeiro, determinar-se o interesse coletivo que a gestão da atividade contempla; segundo, constatar-se que as regras de concorrência comprometem a execução do serviço; terceiro, a inaplicabilidade da exceção do art. 86, § 2º, pode ser apreciada pela Corte de Justiça, mas também pelos tribunais nacionais.

⁶⁸⁶ BAUBY; BOUAL, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁸⁷ DEWOST, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁸⁸ MORENILLA, *op. cit.*, p. 267-268.

Os serviços de interesse econômico geral abrangem os serviços usualmente **em rede**, tais como transporte, distribuição, importação e exportação de eletricidade e gás, telecomunicações, correios e os transportes ferroviários e aéreos. Como tais, estão sujeitos às regras de livre circulação e de concorrência. Filippo SÁLVIA refere-se essas atividades como aquelas caracterizadas pela existência de “núcleo duro”⁶⁸⁹ que concretizam uma missão de interesse geral. Sob um certo sentido, é possível afirmar-se que os serviços de interesse econômico geral assemelham-se aos serviços públicos de industriais e comerciais do sistema francês.

Juntamente com a lógica da concorrência, os serviços de interesse econômico geral formam os dois pilares⁶⁹⁰ que sustentam o mercado comum europeu. Portanto, em princípio, não seria apropriado falar-se de algum tipo de incompatibilidade entre a noção de serviço de interesse geral e a as regras de concorrência⁶⁹¹.

O reconhecimento de uma atividade como serviço de interesse econômico geral não gera por si só a imediata derrogação das regras de concorrência. O prestador de serviços de interesse econômico geral deve respeitar algumas condições⁶⁹² antes de invocar o artigo 86, § 2º, isso porque, vale lembrar, no direito comunitário predomina a lógica da concorrência. Em primeiro lugar, uma condição que se deve respeitar é o princípio da proporcionalidade, que significa alcançar a justa medida entre a proteção

⁶⁸⁹ Tem-se difundido a idéia de que os serviços universais são o “núcleo duro” dos serviços de interesse econômico geral”. Tratar-se-á disso no item sobre os serviços universais. De todo o modo, consulte-se: SÁLVIA, Filippo. Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell’impresa. In: **Diritto Pubblico**. Padova: Cedam, v. 2., p. 542, 2000.

⁶⁹⁰ CHÉROT, L’article 90, § 2º, du traité de Rome ..., p. 171 et seq.

⁶⁹¹ KOVAR, **Droit communautaire** ..., n. 32, p. 229 et seq.

⁶⁹² FIQUET, Alain. Vers une reconciliation entre l’Europe et les services publics: l’exemple de l’électricité. **AJDA**, Paris, n. 11, p. 864 et seq., 1998.

ao bom cumprimento da missão de serviço público e a ameaça aos interesses do livre mercado comunitário. A segunda condição é a de que a empresa prestadora do serviço de interesse econômico geral que pretende se beneficiar da derrogação do regime concorrencial deve provar sua condição, o que indica haver inversão do ônus da prova.

Alain FIQUET⁶⁹³ sugere ainda que se leia o artigo 86, § 2º, tendo em consideração a aplicação hierárquica, em ordem decrescente, de três noções: concorrência, missões de interesse econômico geral e finalmente o interesse da Comunidade. Essa inteligência confirma a predominância da lógica da concorrência na construção comunitária. Poder-se-ia argumentar, contudo, que a interpretação de FIQUET prioriza dois aspectos quase sinônimos: a concorrência e o interesse da Comunidade. Sugere-se, portanto, que se compreenda tal formulação do seguinte modo: o princípio prevalente é o da concorrência, que comporta uma exceção para o caso dela colocar-se como obstáculo ao cumprimento de uma missão. Essa missão, por sua vez, deve representar uma das facetas do interesse da comunidade e ser orientada pela livre concorrência, via de regra.

Lembre-se ainda que a missão de interesse geral pode ser assumida tanto por uma empresa pública quanto por uma empresa privada. Equivale a afirmar que, segundo o Tratado, o serviço de interesse geral é uma atividade que pode ser desempenhada tanto pelo Estado quanto pelo particular, sem que isso represente modificação no tratamento dos serviços de interesse geral. Importa é que as regras

⁶⁹³ FIQUET, op. cit., p. 864 et seq.

relativas à concorrência sejam respeitadas e que a não sujeição a elas dê-se unicamente pelo fundamento do § 2º do art. 86.

Apesar do disposto no artigo 86, § 2º, observou-se que, na prática, ele passou ignorado até que se formulasse o Ato Único, em 1986, e o Tratado da União Européia, em 1992. Com a edição desses documentos, afirma Claude HENRY, “a transformação dos serviços públicos tornou-se uma questão central da política européia”⁶⁹⁴. Fato esse que pode ser comprovado pela numerosa produção doutrinária dos anos 90, cujo tema central foi os serviços públicos nos países da União Européia e a perspectiva desse instituto no direito comunitário.

A aplicação do artigo 86, § 2º, também demorou a ser objeto das decisões da Corte de Justiça⁶⁹⁵. Foi, na verdade, a partir de 1993 com o acórdão *Corbeau* que a Corte foi chamada a estabelecer o conteúdo desse artigo. É inquestionável que quando se passou a buscar a inteligência do artigo, em especial nos anos 90, o direito comunitário se beneficiou de um grande avanço doutrinário nessa matéria.

7.2.2 Ato Único e Tratado de Maastricht

A partir do Ato Único de 1986, consolidou-se a idéia de que a construção do mercado comum continuaria a ser um aspecto primordial da união entre o bloco de países europeus e que essa união econômica teria como efeito acessório proporcionar não só o progresso econômico, mas também o progresso social⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ HENRY, Claude. **Concurrence et services publics dans l'Union Européenne**. Paris: PUF, 1997. p. 1.

⁶⁹⁵ Marcam essa fase os julgados *Corbeau* e *Commune d'Almelo* que serão tratados adiante.

⁶⁹⁶ HENRY, op. cit., p. 2.

O Ato Único introduziu a idéia de construção da União Européia fundada em três pilares: primeiro, as Comunidades (Européia, CECA e CEEA); segundo, Política Externa e de Segurança Comum; e finalmente, a Cooperação Policial e Judiciária em Matéria Penal⁶⁹⁷. Outro aspecto relevante da edição do Ato Único foi ter desencadeado uma produção legislativa exaustiva para alcançar uma harmonização do mercado comum, o que, segundo apontam BAUBY e BOUAL, chegou a duzentos e setenta diretivas ou regulamentos⁶⁹⁸. Sob a orientação do Ato Único, pretendia-se uma progressiva, porém, máxima liberalização dos serviços de interesse econômico geral, o que permitiria a mais rápida construção do mercado comum.

Consolidou-se, nesse período, a disciplina do direito comunitário da concorrência, a cujas normas devem observância todos os integrantes da Comunidade. Uma das implicações das regras da concorrência entre os países da Comunidade é a sua supremacia em relação ao intervencionismo do Estado na economia. Ou seja, para se atingir esse ambiente concorrencial idealizado pelas regras do direito comunitário, a intervenção econômica dos Estados-membros encontra importantes limitações, chegando-se mesmo à possibilidade de confronto⁶⁹⁹ entre essas duas lógicas.

Seguiu-se ao Ato Único o Tratado de Maastricht, adotado em 07 de fevereiro de 1992, que instituiu a União Européia⁷⁰⁰, cuja tônica residia numa integração de ordem política além de econômica. A ambição de criar um mercado comum, como

⁶⁹⁷ Consulte-se sobre os três pilares e ainda, a existência de um pilar virtual JUSTEN FILHO, **União européia ...**, p. 71 et seq.

⁶⁹⁸ BAUBY; BOUAL, op. cit., p. 310-311.

⁶⁹⁹ STOFFAËS, op. cit., p. 298.

⁷⁰⁰ Para se distinguir CE e UE sugere-se a leitura de: JUSTEN FILHO, **União européia ...**, p. 71 et seq.

vislumbravam os pais fundadores da Comunidade Econômica Européia, revelou-se apenas uma faceta de uma integração mais complexa dos seus Estados-membros. Portanto, já não bastava aos países integrantes da antiga CEE uma união com o fim exclusivo de garantir uma união econômica e monetária. Também uma crescente integração de ordem política parecia ser imprescindível, senão inevitável. Segundo Christian STOFFAËS, o Tratado de Maastricht revelou uma construção européia apoiada não só na abertura do mercado, mas na coesão do espaço europeu⁷⁰¹. Ou seja, outros fundamentos passaram a sustentar a união desses países. A concorrência, aponta STOFFAËS, teria assumido, assim, um papel suplementar ao mercado, um meio de atingir outros objetivos, porém, longe de ser um fim em si mesma⁷⁰².

Houve, a partir disso, uma crescente tendência de proteção dos cidadãos e de seus direitos, paralelamente à preocupação de proteger o mercado. Nessa linha de raciocínio, Marçal JUSTEN FILHO já havia constatado a impossibilidade de existência de tutela exclusiva a direitos econômicos⁷⁰³, quando se verifica a existência de outros direitos e garantias que demandam proteção em mesma medida.

Para BAUBY e BOUAL, além da lógica da concorrência e de mercado, outras duas teriam emergido, ora em coexistência, ora em concorrência com a primeira: a cooperação entre os países e a solidariedade⁷⁰⁴. Esses mesmos autores fazem a

⁷⁰¹ STOFFAËS, op. cit., p. 32

⁷⁰² O relatório de STOFFAËS indica que a melhor gestão de serviços em rede, por exemplo, tende a contribuir para o bem estar dos cidadãos que se sentem satisfeitos. Esse seria o real fim a ser atingido. (Ibid., p. 33).

⁷⁰³ JUSTEN FILHO, *União européia ...*, p. 102.

⁷⁰⁴ Pierre BAUBY e Jean-Claude BOUAL afirmam ainda que “para alguns a cooperação entre os países e a solidariedade seriam o que se convencionou chamar”o quarto pilar”, ou pilar virtual, da construção européia (ou edifício europeu). (BAUBY; BOUAL, op. cit., p. 311).

advertência, no entanto, de que, apesar de existirem dispositivos que dão sustentação a uma ação cooperativa, a “integração europeia permanece desequilibrada”⁷⁰⁵, já que se verifica, ainda, uma contínua prevalência dos aspectos econômico e concorrencial dessa união.

7.3 O ATAQUE E A DEFESA DO “SERVIÇO PÚBLICO”

O período que vai da edição do Ato Único até a assinatura do Tratado de Amsterdã é marcado por uma evolução consistente em relação à disciplina dos serviços de interesse econômico geral. Dois momentos são significativos dessa fase: primeiro o ataque à idéia de serviço público; depois a reação francesa em defesa da noção.

7.3.1 O Ataque ao “Serviço Público”

As tendências de supressão de benefícios que pudessem afetar a liberdade de competição econômica conduziram a fortes ataques aos monopólios estatais. Nos anos setenta, começou a desenvolver-se a concepção da necessidade de extinção das intervenções estatais sobre a atividade econômica. Surgiu a concepção, derivada inclusive de fatores ideológicos neoliberalistas, de que o próprio “serviço público” deveria ser extinto. A invocação ao texto do Tratado surgiu como forma de legitimar essa posição política.

⁷⁰⁵ BAUBY; BOUAL, op. cit., p. 312.

Some-se a isso, a emanação, por exemplo, da diretiva nº 723, de 25 de junho de 1980, que determina a adoção da transparência financeira da atividade econômica do Estado, seja por via direta ou indireta, com o fim de eliminar a possibilidade de se falsear a concorrência e de minar a competitividade no âmbito comunitário⁷⁰⁶.

Os anos 80 marcam o que Pierre BAUBY eufemisticamente chama de “belle époque”⁷⁰⁷ do serviço público. O que significa, em última análise, que apesar da sustentação do sonho de que os serviços públicos são inerentes à identidade da nação francesa, os seus dias de glória estão no fim. Por isso, pode-se afirmar que o processo de liberalização desses serviços promovido pela integração europeia foi sentido na França como um ataque direto a essa instituição tão cara aos franceses. A conclusão de Claude HENRY revela, no entanto, um certo otimismo em relação ao abalo da estrutura do serviço público francês: “A unificação europeia ameaça os serviços públicos tais como concebidos tradicionalmente na França, mas esta ameaça pode desempenhar um papel de estimulador de uma reconstrução dos serviços públicos sobre bases adaptadas às condições do século XXI numa Europa unida”⁷⁰⁸.

7.3.2 A Defesa Francesa ao “Serviço Público”

A França tomou “consciência” do processo de liberalização do setor de serviços públicos quando as medidas impostas pela Comissão de Bruxelas, nesse sentido, já estavam em curso. Recorde-se que, apesar do *Rapport Nora*, que visava às

⁷⁰⁶ DI GASPARRE, Giuseppe. *Servizi pubblici locali in trasformazione*. Padova: Cedam, 2001. p. 15, e p. 142.

⁷⁰⁷ BAUBY, *Le service ...*, p. 56.

⁷⁰⁸ HENRY, op. cit., p. 7.

reformas nesse setor, poucas medidas efetivas foram tomadas no cenário francês, o que foi agravado pelas tendências estatizantes dos governos de esquerda dos anos 80.

Por ocasião da criação da associação francesa *Réseaux 2010* de serviços públicos, em 1991, teve início uma contra-ofensiva⁷⁰⁹ francesa à liberalização. Essa associação promoveu diversas jornadas de estudo com o escopo de “reconstruir a legitimidade social e teórica dos serviços públicos diante das teses ultraliberalizantes...”⁷¹⁰ A partir daí, o esforço incessante de se fazer ouvir pela Comunidade resultou na criação de um Comitê europeu para assuntos relativos aos serviços de interesse econômico geral. Nas instâncias européias, o grupo foi responsável, em conjunto com a Comissão, pelos estudos que deram origem à primeira Comunicação sobre os serviços de interesse econômico geral, de 26 de setembro de 1996. Desse ponto em diante, o tema passou a receber cada vez maior dedicação tanto da Comunidade, quanto da doutrina que se ocupava do direito comunitário.

Outra estratégia utilizada pelo grupo de pressão francês foi a de colocar em evidência a situação vulnerável do cidadão diante da liberalização do mercado. O cidadão passou a ser visto como um usuário ou consumidor que exige cada vez mais o acesso aos serviços sofisticados que a tecnologia é capaz de criar. Por um lado, o Estado, por razões financeiras, inclusive, não se revelou capaz de dar satisfação às exigências dos administrados. Por outro, privatizar os serviços públicos poderia deixar os administrados sem a garantia de acesso a esses bens gravados pelo interesse

⁷⁰⁹ Expressão utilizada por: BAUBY; BOUAL, op. cit., p. 320. Os autores fazem aqui um detalhado apanhado cronológico de como ocorreu a contra-ofensiva francesa à evolução do processo liberalizante imposto pela então CEE.

⁷¹⁰ Ibid., p. 321.

público. Portanto, não se poderia pretender deixar essa relação com o usuário apenas sob a regência das leis da livre concorrência. Seria necessário dar um tratamento aos serviços de interesse econômico geral pela ótica da proteção dos consumidores, reequilibrando a lógica dominante da concorrência com a do interesse geral.

Na França, o enfoque liberalizante da Comunidade produziu uma verdadeira mobilização popular nacional, visando a assegurar a defesa e a continuidade de regimes jurídicos configurados à idéia de serviço público. Aludia-se a “serviço público à francesa” para indicar esse modelo.

Costuma-se citar o pronunciamento⁷¹¹ em rede televisiva do Primeiro Ministro francês, em 10 de dezembro de 1995, como um marcante apelo público sobre a relevância da noção de serviço público para a França e sobre como o assunto estava sendo ignorado pela construção do direito comunitário, consoante observação de MARCOU⁷¹².

Foi em clima de “euroceticismo”⁷¹³ que a discussão em torno do tema de serviço público foi levantada, em especial como reação francesa à ampla liberalização do mercado comunitário. No período entre 1992 e 1997, que termina com a assinatura do Tratado de Amsterdã, a França exerceu enorme pressão junto aos demais países para que o tema recebesse o tratamento que os franceses julgavam merecer.

⁷¹¹ Sobre essa manifestação pública do Primeiro Ministro Alain Juppé e demais artigos publicados na imprensa da época, consulte-se: SIMON, op. cit., p. 65. Segundo esse autor e conforme extratos do referido discurso publicado no jornal *Le Monde* de 12/12/1995, o Primeiro Ministro teria dito que “o enfoque bastante ideológico da Comissão de Bruxelas era de ‘quebrar os serviços públicos para introduzir o sistema privado e da concorrência em todos os domínios’”. Também se refere a esse pronunciamento: KOVAR, *Droit communautaire* ..., n. 32, p. 220.

⁷¹² MARCOU, *I servizzi* ..., p. 125.

⁷¹³ Expressão que sintetiza o sentimento de desconfiança e pessimismo em relação às mudanças impostas pela EU nos Estados-membros.

Dentre os documentos mais relevantes produzidos na década de 90 está o *Rapport au Premiere Ministre*, realizado por Denoix de Saint Marc no ano de 1996, que parece ter servido para influenciar os membros da Comissão Europeia acerca da importância da noção de serviço público não só para os franceses mas para os demais Estados-membros. SAINT MARC sugeriu nessa ocasião que “nos próximos anos, nosso país (a França) deve contribuir com a elaboração de uma doutrina **européia** de serviço público, sob esse nome ou outro”⁷¹⁴. Nesse mesmo relatório encontra-se clara a pressão exercida pela França quanto ao conteúdo da redação do tão debatido artigo 16^o⁷¹⁵ do Tratado da Comunidade Europeia. Aponta que a dita doutrina do serviço público europeu teria de “se apoiar em princípios compartilhados por todos os Estados-membros e sobre os objetivos de interesse geral europeu: o dinamismo dos mercados e a defesa dos interesses dos consumidores, mas também a garantia das liberdades e direitos fundamentais, em particular no domínio social, bem como a proteção de interesses comunitários tais como a coesão territorial e o desenvolvimento duradouro da União Europeia”⁷¹⁶.

Ainda que o foco principal dos debates sobre o papel dos serviços públicos na União Europeia se encontrasse na França, países tais como Bélgica, Luxemburgo, Alemanha, Dinamarca, Itália e Grécia, também foram sede de manifestações sociais contra o tratamento exclusivamente econômico da integração europeia.

⁷¹⁴ DENOIX DE SAINT MARC, op. cit., p. 62.

⁷¹⁵ O artigo 16 (ex-7 D) do Tratado da Comunidade Europeia, inserido pela modificações do Tratado de Amsterdã, receberá um estudo específico adiante.

⁷¹⁶ DENOIX DE SAINT MARC, op. cit., p. 62.

Ver-se-á também, que as decisões da Corte de Justiça examinadas no próximo item foram proferidas num período em que se propagava um clima de desagrado com o enfoque econômico da União. Esses julgados serviram de fonte geradora para a construção teórica sobre os serviços de interesse econômico geral que foi se sedimentando até o final dos anos 90.

O produto da ampla discussão do tema resultou na redação de um novo dispositivo, a ser inserido no Tratado de Roma consolidado. Daí surgiu o artigo 16º⁷¹⁷ do Tratado da Comunidade Européia, modificado em Amsterdã.

A alusão a um “serviço público à francesa” diante dos denominados “serviços de interesse econômico geral” parece mais uma exteriorização de um “nacionalismo” do que um tema de concreta relevância no trato do direito comunitário. A expressão “serviço público à francesa” surgiu em meados dos anos 90 com fim de chamar atenção para o modelo francês de serviços públicos, nem tanto para o conceito francês de serviço público já que, como se pôde observar pelo estudo da evolução na França, e como questionou de modo agudo VEDEL⁷¹⁸, uma noção unívoca de serviço público nunca foi atingida pela doutrina na própria França.

Não cabe aqui transcrever nem resumir o que já foi dito sobre o conceito de serviço público na França, em capítulo específico. Cabe apenas retrazar as

⁷¹⁷ Adiante o artigo 16 (antigo artigo 7 D) será abordado com pormenores.

⁷¹⁸ VEDEL, Georges. Service public “à la française” Oiu. Mais lequel? *Le Monde*, Paris, 22 dez.1995. p. 18.

características distintivas que o diferem da noção de serviço de interesse econômico geral do direito comunitário⁷¹⁹.

A noção de “serviço público à francesa” revela uma organização de atividades desempenhadas pela administração pública de modo que quase que se confunde com o próprio Estado. No caso da energia elétrica, por exemplo, atendida pela EDF, os cidadãos sempre tiveram a impressão de que era o Estado o seu fornecedor. A quase impossível dissociação entre prestador de serviço público e o Estado é uma característica típica do sistema francês. Como afirma Henry OBERDORFF⁷²⁰, “a noção francesa de serviço público nos remete à teoria do Estado por meio do interesse geral”. Outra função peculiar da noção francesa é a de desempenhar ao mesmo tempo um papel de fundamento e de limite ao poder dos governantes quando esses estabelecem as necessidades de interesse coletivo⁷²¹.

Outro aspecto da noção francesa diz respeito a sua identificação com um compromisso social. Isso significa que a existência dos serviços públicos se presta também a atender uma exigência social de solidariedade e coesão social. Essa última

⁷¹⁹ Bem por isso e a propósito, devo anotar, com todo o respeito e embora o tema escape dos limites deste estudo, minha discordância com o ilustre jurista Carlos Ari SUNDFELD quanto à adoção do conceito de **serviço de interesse econômico geral** no sistema jurídico brasileiro (SUNDFELD, Carlos Ari. *A administração pública na esfera do direito global*. In: **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 161). A adoção pura e simples de uma expressão como essa incorre num grave problema de incompatibilidade com as normas constitucionais. Apenas para ilustrar um dos problemas de adequação, adverte-se que a noção de origem comunitária funda-se num critério unicamente objetivo do serviço, sem se importar se a titularidade é pública ou privada. Já a noção brasileira não prescinde, pelo menos não totalmente ainda, do aspecto subjetivo. A lógica que envolve o sistema jurídico comunitário, já se disse, é a lógica da concorrência, enquanto que não se pode afirmar que no modelo constitucional brasileiro se admita um tal enfoque, mesmo que as reformas de Estado tenham adotado medidas para incrementar a concorrência no setor. Não se exclui com isso a possibilidade desse conceito vir a ser incorporado pelo direito pátrio, porém, sugere-se maior cautela com a disciplina e atenção quanto ao ordenamento constitucional pátrio ora vigente.

⁷²⁰ OBERDORF, op. cit., p. 91.

⁷²¹ CHEVALLIER, *Le service* ..., p. 20.

característica, em particular, teve forte influência nos trabalhos que precederam a inclusão do artigo 16º no Tratado da Comunidade, alterado pelo Tratado de Amsterdã.

Também caracterizam os serviços públicos à francesa a sua sujeição ao mesmo conjunto de princípios, sejam eles regidos pelo regime jurídico público ou privado⁷²². Os princípios da noção francesa, também conhecidos como *lois de Rolland*, são a igualdade, a continuidade e a mutabilidade (adaptação às mudanças). Esses princípios também encontram campo de aplicação no direito comunitário, especialmente no âmbito dos serviços universais como se terá a oportunidade de ver adiante.

Dois grandes categorias de serviços públicos emergem do direito francês. Uma delas a dos “serviços públicos administrativos”, que são aqueles serviços desempenhados no seio da Administração pública, por funcionários públicos, com sujeição exclusiva às regras de direito administrativo. A outra categoria é a dos “serviços públicos industriais e comerciais”, cujo regime jurídico respeita às regras do direito privado. Encontravam-se organizados sob esse modelo os serviços de prestação de energia elétrica, telecomunicações, gás, transportes, para citar alguns. Uma parte da doutrina tem dito⁷²³ que esses serviços não se diferenciam em quase nada dos “serviços de interesse econômico geral” de que trata o artigo 86 do Tratado consolidado. Efetivamente, a evolução da matéria ao longo dos últimos anos tem comprovado essa tese.

⁷²² Segundo Henri OBERDOFF, esses princípios sujeitam tanto os serviços públicos administrativos quanto os serviços públicos industriais e comerciais. (OBERDOFF, op. cit., p. 93).

⁷²³ OBERDOFF, op.; cit., p. 97.

Para Denys SIMON, a referência à “serviço público à francesa” apresentaria, dois inconvenientes: por um lado, ocultaria, de modo artificial, a problemática de adaptação necessária dos serviços públicos; por outro lado, desconheceria a realidade dos outros Estados-membros na busca de um “novo equilíbrio entre exigências legítimas de interesse geral e as pressões da concorrência no mercado”⁷²⁴. De fato, a adaptação dos serviços públicos à realidade não exclusivamente concorrencial, mas tecnológica, faz com que as construções teóricas acerca do tema ganhem novo tratamento para se compatibilizar com esse progresso. O segundo argumento de SIMON também encontra respaldo quando se estuda a situação da prestação de serviços públicos dos demais Estados-membros da U.E., pois, como vimos, todos passaram por reformas estruturais que, reduziram ou suprimiram a atividade estatal por meio da privatização, procurando equilibrar, ou ressaltar direitos dos seus cidadãos quanto a serviços antes prestados pelo Estado.

7.3.3 Serviço Universal – um Conceito Estrito de Serviço Público

O conceito de serviço universal surgiu na jurisprudência americana, há mais de um século, na regulamentação do setor das telecomunicações⁷²⁵. A idéia principal de que se reveste a concepção de serviço universal é a de que ele visa a assegurar a existência de prestações essenciais, ou mínimas, de qualidade e de preço acessível.

⁷²⁴ SIMON, op. cit., p. 68.

⁷²⁵ FIQUET, op. cit., p. 870 e DEBÈNE, Marc; RAYMUNDIE, Olivier. Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification? *AJDA*, Paris, n. 3, p. 183-201, 1996. p. 183.

Essa noção foi incorporada pela Comissão Européia para também ser aplicada, inicialmente, ao setor das telecomunicações.

Deve-se reconhecer que a noção de serviço universal é bastante restrita se comparada com a noção de serviço público francesa. O serviço universal revela apenas uma parte daquilo que os franceses entendem como serviço público. Esse foi, aliás, o motivo pelo qual a mobilização em torno de uma noção francesa de serviço público⁷²⁶ deu-se com tanto fervor em meados dos anos 90.

No contexto norte-americano, a noção de serviço universal foi invocada pela empresa americana ATT com o objetivo de obter o controle do mercado das telecomunicações, após a companhia BELL ter perdido sua licença em 1893. Foi adotado sob a justificativa de que “somente um sistema interdependente, intracomunicante e universal”⁷²⁷ teria condições de fornecer um serviço universal e eficaz. O argumento foi aceito e criou-se um monopólio de telecomunicações que colocava a ATT como coordenadora do sistema unificado de que participavam outras pequenas empresas regionais obrigadas a se sujeitarem às regras da detentora do monopólio. O Congresso exarou o reconhecimento de uma situação de monopólio natural justificada pela necessidade de se prestar um serviço universal.

Esse monopólio passou a sofrer os efeitos das inovações tecnológicas, em especial na informática, explicam DEBÈNE e RAUMUNDIE, até se deparar com uma decisão do tribunal de Columbia, em 1982, mandando o desmembramento da ATT em

⁷²⁶ PONTIER, op. cit., p. 36.

⁷²⁷ DEBÈNE, op. cit., p. 183 et seq.

oito empresas. Com a quebra do monopólio, passou a vigorar a livre concorrência sem que se tivesse perdido o conceito de serviço universal.

No âmbito comunitário, o conceito de serviço universal foi introduzido a partir do Ato Único de 1986, com o intuito de manifestar a preocupação em não excluir uma parte dos cidadãos do progresso tecnológico⁷²⁸. Recorde-se que na mesma ocasião o Ato Único reafirmou os objetivos de liberação da concorrência do mercado interno.

O direito comunitário “importou” essa noção⁷²⁹, para ser aplicada, inicialmente, no setor das telecomunicações, depois no setor dos correios. De um modo menos explícito⁷³⁰, fez-se presente no setor de transportes, de energia elétrica e de gás. Deve-se reconhecer, no entanto, que a adoção do conceito de serviço universal somente passou a ter relevância quando inserido como um dos objetivos da Comunidade na organização da rede transeuropéia de telecomunicações⁷³¹.

⁷²⁸ MAMELI, Barbara. **Servizio pubblico e concessione**. Milão: Giuffrè, 1998. p. 163, nota de rodapé 237.

⁷²⁹ Uma das primeiras vezes em que se vê a idéia de serviço universal é na diretiva 90/388/CEE de 28 de junho de 1990, onde se reconhece que para fins do artigo 86, § 2º, é uma missão de interesse geral “o estabelecimento ou exploração de uma rede universal, tendo cobertura geográfica geral e sendo fornecida a todos os distribuidores ou consumidores finais a pedido e dentro de um prazo razoável”.

⁷³⁰ Nas proposições de diretivas dos setores elétrico, de gás e nos regulamentos do Conselho sobre os transportes, encontra-se a expressão “obrigação de serviço público” que, substancialmente, não difere da idéia de serviço universal. Consulte-se, por exemplo, a *Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité* (94/C 123/01) em: KOVAR, Robert. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire**: les grands textes, p. 221.

⁷³¹ Trata-se da resolução do Parlamento europeu na comunicação da Comissão de 21 de outubro de 1992, intitulada “Rapport de 1992 sur la situation du secteur des services de télécommunications”. Ver também a resolução do Conselho de 7 de fevereiro de 1994 sobre os princípios em matéria de serviço universal no setor das telecomunicações (94/C48/01).

Não parece haver muita controvérsia sobre o sentido da concepção de serviço universal⁷³²: é o serviço ou conjunto de serviços mínimos definidos, que visam a assegurar o acesso de todos os usuários a prestações essenciais de uma determinada qualidade e a preços justos em face das condições específicas nacionais⁷³³. Intrínsecos à noção são os três princípios gerais clássicos de serviço público: universalidade, igualdade e continuidade.

Porém, a própria Comunidade incorreu em falta de precisão quando adotou em diretivas sobre as telecomunicações conjuntamente com a expressão “serviço universal”, algumas expressões “parecidas”, tais como “obrigações de serviço público”, “serviços públicos de telecomunicações”, “rede universal”⁷³⁴.

Para Alain FIQUET⁷³⁵, a Comissão promoveu também uma confusão entre a noção de “serviço universal” e a idéia de “missões de interesse geral”, quando tratou dos temas na Comunicação de 26 de setembro de 1996. Poderia, talvez, dizer-se o mesmo da Corte de Justiça quando proferiu as sentenças nos casos *Corbeau* e *Commune d’Almelo*, ao reconhecer a universalidade de um serviço como um elemento

⁷³² O Glossário da Comunidade Européia diz o seguinte: “O conceito de serviço universal foi desenvolvido pelas instituições da Comunidade e define um conjunto de exigências de interesse geral a que devem obedecer, em toda a Comunidade, as actividades de telecomunicações ou de correio, por exemplo. As conseqüentes obrigações destinam-se a assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço abordável.” Documento disponível no site www.europa.eu.int.

⁷³³ Consta uma definição de serviço universal proposição de diretiva do Parlamento e do Conselho nº 96/C 90/05 de 30 de janeiro de 1996. Semelhante é a definição do art. 2º, § 1º da diretiva CEE 97/33 “Serviço universal é o conjunto mínimo definido de serviços, de determinada qualidade, disponível a todos os usuários, que prescindem da sua localização geográfica e é oferecido, levando em conta as condições específicas nacionais, a um preço abordável, segundo os critérios de continuidade, igualdade de acesso, universalidade e transparência.

⁷³⁴ DEBÈNE, op. cit., p. 183 et seq.

⁷³⁵ FIQUET, op. cit., p. 864 et seq.

caracterizador do seu interesse geral, sem se referir expressamente à noção de serviço universal. A superação desse “tumulto terminológico”⁷³⁶, possivelmente, só ocorrerá pelo decorrer do tempo, com a ajuda da produção doutrinária sobre a matéria.

Importante ressaltar aqui o estreito liame existente entre a noção de “serviço universal” e a de “serviço de interesse econômico geral”. Essa ligação é mais evidente para setores de serviços em rede que já receberam tratamento específico pela Comunidade, como telecomunicações, correios e energia elétrica. Pode-se constatar a esse respeito que a ampla abertura do setor dos serviços de interesse econômico geral para a concorrência sempre foi acompanhada de uma previsão de garantia de manutenção e desenvolvimento de um serviço universal⁷³⁷.

Christian STOFFAËS afirma que se pode representar o “serviço universal” e o “serviço de interesse econômico geral” através de dois círculos concêntricos⁷³⁸. Nessa metáfora visual, o menor seria quase um nó, traduzindo o campo de abrangência do serviço universal. O círculo maior, que o envolveria, seria o âmbito dos “serviços de interesse econômico geral”. Essa também tem sido a interpretação dada pelos autores italianos, consoante se verifica no seguinte trecho de Filippo SÁLVIA: “... resulta claramente que o serviço de interesse econômico geral (...) está seccionado em duas partes diversas, semelhantes a dois círculos concêntricos: a área interna do círculo (a

⁷³⁶ Devido ao fenômeno da “comitologia” (existem comitês de toda ordem e de formação as mais variadas) que impera da estrutura da Comunidade, sofre-se com essa falta de unicidade terminológica. Como os documentos são produzidos pelo conjunto de pessoas oriundas de diversos países da União, e como não há um comitê responsável pela produção unívoca de expressões, esse problema fica difícil de ser solucionado.

⁷³⁷ É o que se lê em diversos documentos oficiais da Comunidade: RESOLUÇÕES do Conselho nº 93/C 213/01, 94/C 48/06, 94/216. Disponível em <http://www.europa.eu.int>> Acesso em: 18 jan. 2002.

⁷³⁸ STOFFAËS, op. cit., p. 360.

do serviço universal) corresponde à parte antieconômica da atividade regida pelas normas de direito público; a área externa (a econômica) sujeita às regras comuns do mercado.”⁷³⁹

Sob o aspecto da intensidade de regulação desses serviços, poder-se-iam visualizar facilmente duas ordens: a primeira, de maior rigor, com o fim de assegurar que o serviço universal alcance seus objetivos de fornecer a todos os usuários uma prestação de qualidade média e preço acessível. A segunda teria por seu espaço delimitado pelas regras gerais de concorrência, passível do recurso à derrogação do regime comum via §2º do artigo 86. É pertinente a explicação de Barbara MAMELI⁷⁴⁰ sobre a relação do “serviço universal” com o “serviço de interesse econômico geral” quanto à derrogação das regras comunitárias acerca da concorrência: o serviço universal tem o poder *ipso facto* de se subtrair a tais normas, já o “serviço de interesse econômico geral” definido internamente como tal, somente poderá afastar a incidência do regime concorrencial se for cabível a aplicação do artigo 86, § 2º.

O serviço universal não pode ser entendido como uma atividade indiferente, neutra em relação à movimentação inerente ao mercado. Pelo contrário, como núcleo de um conjunto de atividades que se designam serviços de interesse econômico geral, os parâmetros do serviço universal são estabelecidos com base tanto na dinâmica econômica quanto na dinâmica social. Nesse sentido, são precisas as palavras de Yves GAUDEMET:

⁷³⁹ SÁLVIA, op. cit., p. 546.

⁷⁴⁰ MAMELI, op. cit., p. 169.

“O serviço universal reenvia à idéia de serviço público ‘circunscrito’: portanto, coincide apenas parcialmente com a acepção continental de um serviço público exaustivo, que não exclui de algum modo o mercado, mas o ‘acompanha’ levando em consideração as incertezas e os riscos que o caracterizam, na medida em que poderão comprometer a realização dos interesses gerais considerados”⁷⁴¹.

A existência de um núcleo de serviço universal nas atividades de interesse econômico geral visa à proteção de duas esferas de interesses: a do usuário e à do prestador do serviço. Proteção ao usuário, na medida em que garante a ele o acesso a um serviço básico, mínimo, de um determinado setor. Por exemplo, no caso da telefonia, visa a garantir que, mesmo em regiões remotas, o cidadão-usuário tenha acesso, pelo menos, à telefonia fixa. Protege também o prestador do serviço, já que lhe garante um mecanismo de compensação financeira, dado que a prestação do serviço universal não se equivale ao exercício de uma atividade comercial comum⁷⁴².

Para DEBÈNE e RAYMUNDIE, o “serviço universal está atrelado à noção de rede, se bem que não se confunde com ela”⁷⁴³. As redes relativas à prestação desses serviços estão obrigadas a atender a todos usuários com um padrão razoável de qualidade e preço acessível. Uma vez tenha sido declarada a natureza de interesse geral de uma atividade econômica, em seguida, é possível determinar os parâmetros

⁷⁴¹ GAUDEMET, Yves. *Regolazione e servizi pubblici: l’esperienza continentale*. In: TESAURO, Giuseppe; D’ALBERTI, Marco. **Regolazione e concorrenza**. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 63.

⁷⁴² Consulte-se, nesse sentido: KOVAR, Robert. *Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée (cont.)*. **RTD eur**, Paris, v. 2, n. 33, p. 508, jul./set. 1996.

⁷⁴³ DEBÈNE, op. cit., p. 183 et seq.

para reconhecer nela aos princípios de serviço universal que se tornam de prestação obrigatória.

Um outro aspecto distintivo da noção comunitária de serviço universal é sua preocupação exclusiva com o atendimento da satisfação de um indivíduo na acepção de usuário e não tanto da coletividade, como é mais típico dos serviços públicos franceses. O que se deseja com a aplicação da noção de serviço universal é que a prestação chegue aos indivíduos, considerados singularmente. Diversa é posição de Annie BLANDIN⁷⁴⁴, para quem o serviço universal pode não somente servir ao atendimento de uma necessidade individual, mas prestar-se também à satisfação de bens coletivos uma vez que estaria revestida de um conjunto de funções⁷⁴⁵ ora de cunho coletivo, ora de cunho individual.

Não se pode encontrar, ainda, identidade entre a noção de serviço universal e a noção de serviço público do direito francês. Apenas lembrando sinteticamente, o serviço público francês é compreendido sob duas óticas, pelo menos⁷⁴⁶: a funcional - ele é uma atividade de interesse geral - e orgânica - é executado diretamente por uma pessoa de direito público ou por um particular, por via da concessão. A noção de

⁷⁴⁴ BLANDIN, Annie. L'équilibre entre service universel et concurrence dans le regime juridique communautaire de telecommunications. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communauté**: entre l'intérêt general et le marché. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 107.

⁷⁴⁵ Annie BLANDIN arrola quatro principais funções desempenhadas pelos serviços universais: econômica, social, infra-estrutural e "sociétale" (que diz respeito ao acesso público a informações - sem tradução precisa para o português). (Id.).

⁷⁴⁶ A submissão de certas atividades a um regime jurídico especial na França é, sob um certo ângulo, *decorrência* dessas duas características. Aplica-se um regime próprio **porque** existe uma atividade desempenhada pela Administração Pública e visando à satisfação de um interesse geral. É evidente, no entanto, que essa questão envolve disputas essenciais sobre o próprio conceito de serviço público na França.

serviço universal concentra-se mais nos efeitos visados quanto à fruição do serviço pelo usuário, pela observância dos princípios que o norteiam do que pelo estatuto jurídico a que se sujeita. Nessa ótica, asseveram DEBÈNE e RAYMUNDIE⁷⁴⁷ que da parte do operador que tem acesso à rede, independente de seu estatuto ou forma jurídica, ser-lhe-á exigido que cumpra as obrigações de serviço universal. Já pelo ângulo do usuário, ou cliente, o que conta é que lhe seja prestado o serviço que lhe é juridicamente assegurado.

A incorporação da noção de serviço universal no direito comunitário fez surgir um certo temor de que o âmbito das prestações essenciais à sobrevivência do cidadão fosse reduzido a um tal mínimo que poderia operar uma forma de “exclusão” social. Robert KOVAR resume que as críticas feitas à adoção da noção giraram em torno de um tema essencial: “o direito comunitário tende a banalizar o serviço público e a confiná-lo em uma posição de ‘exceção tolerável’”⁷⁴⁸ (ao regime concorrencial).

Confirmam essa crítica as freqüentes alusões ao serviço universal como serviço mínimo, ou ainda, serviço de base, o que representa uma considerável restrição no sentido dos originais serviços públicos. A frase extraída do Relatório do Conselho de Estado francês, pode ilustrar ainda melhor tal temor presente principalmente na França: “O perigo viria de uma concepção redutora de serviço universal que limitaria o seu domínio de intervenção somente à satisfação dos ‘interesses vitais’ da coletividade e dos usuários ou consumidores”⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ DEBÈNE, op. cit., p. 183 et seq.

⁷⁴⁸ KOVAR, *Droit communautaire* ..., n. 33, p. 513.

⁷⁴⁹ Conseil d’État, Rapport pour 1994, p. 115, apud Id.

Tais críticas foram externadas no auge do debate sobre os serviços públicos na metade da década de 90. Pode-se dizer que o tratamento para a matéria progrediu consideravelmente desde então. A edição de uma Comunicação sobre os serviços de interesse geral e a Carta dos direitos fundamentais da União Européia são provas inequívocas de um esforço comunitário de garantir que essa parcela de prestação ao público não será a ele subtraída.

Dentre os franceses não há alternativa senão de procurar adaptar-se à mudança que o novo conceito de “serviço universal” impõe, sendo um desdobramento do conceito de serviço de interesse econômico geral, que guarda identidade com uma parcela do que eles entendem como serviço público⁷⁵⁰.

Incumbe destacar que, no tocante ao prestador de serviço universal, a titularidade pode ser tanto uma empresa pública, quando privada, conforme tenha optado o direito interno de cada Estado-membro⁷⁵¹.

7.3.4 Os Julgados da CEJ

Na evolução do direito comunitário acerca do tema, houve duas decisões jurisprudenciais extremamente relevantes, que trataram singularmente questões

⁷⁵⁰ BOUAL, Jean-Claude. Le débat européen sur les services publics et les réseaux. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p.104. Christian STOFFAËS assevera, no mesmo sentido, serviço universal é uma noção mais estrita que serviço público, mas indiscutivelmente familiar. (STOFFAËS, op. cit., p. 327).

⁷⁵¹ Assim se infere da definição contida na Comunicação (95/C 322/03) sobre os serviços postais, mas que pode ser compreendida como regra geral: “Os prestadores de serviço universal designam os entes públicos ou privados encarregados por um Estado-membro de assegurar todo ou parte do serviço postal universal”. (KOVAR, Robert. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire: les grands textes**, p. 195).

envolvendo a noção de serviço público. Trata-se da decisão **Corbeau**, de 19 de maio de 1993, e da decisão *Commune d'Almelo*, de 21 de abril de 1994. Em ambas as questões, o pleito se relacionava com a violação das regras de concorrência, especialmente no aspecto do abuso da posição dominante no mercado comum, prescrito no artigo 86⁷⁵² do Tratado, envolvendo a prestação de serviços econômicos de interesse geral sob o regime de monopólio. No acórdão *Corbeau*, a Corte de Justiça admitiu a restrição da concorrência com base na necessidade do titular de um direito exclusivo exercer sua missão de interesse geral em condições econômicas equilibradas. O outro célebre acórdão segue a mesma linha de interpretação do caso anterior e confirma o cabimento da restrição à concorrência fundada na necessidade de se desempenhar uma missão de interesse econômico geral.

7.3.4.1 O caso *Corbeau*

O caso **Corbeau** teve como partes, de um lado, o serviço de correios da Bélgica, organizado em regime de monopólio, e, de outro, um comerciante de Liège, chamado Paul Corbeau. Esse comerciante montou um estabelecimento que passou a oferecer um serviço expresso de coleta e entrega de correspondências. Corbeau sofreu uma ação criminal pela incursão de seu em negócio numa atividade cujo monopólio estava assegurado a outrem.

⁷⁵² Esse é o atual artigo 82 que trata da incompatibilidade das práticas de abuso de posição dominante no mercado comum.

A disputa colocou em pauta o questionamento à extensão da restrição da concorrência ou da exclusão dela a fim de permitir que um operador de serviço de interesse econômico geral cumprisse a sua missão em condições econômicas razoáveis, conforme o artigo 86, §2º. Nesta ocasião, a Corte foi provocada também para que externasse qual a significação do termo “serviço de interesse econômico geral”.

Ao serviço de interesse geral, executado em regime de exclusividade pela *Régie des Postes*, assegurava-se um regime econômico fundado numa equação financeira capaz de garantir a observância dos princípios da universalidade e da continuidade. Esse foi o ponto de partida da decisão:

15. No que diz respeito ao tema do processo, não se pode negar que as *Régie des Postes* estão encarregadas de um serviço de interesse econômico geral que consiste na obrigação de coletar, transportar e distribuir correspondências em favor de todos os usuários, em todo o território do Estado-membro, com uniformidade de tarifas e com condições de qualidade semelhantes, independentemente das condições específicas ou do grau de lucratividade econômica de cada operação individualmente considerada.⁷⁵³

É possível extrair dessa manifestação um esboço do que a Corte entende como serviço de interesse geral: é a atividade prestada universalmente aos cidadãos, obedecendo à uniformidade de tarifas e de padrão de qualidade com base numa equação financeira que assegure a obtenção de lucratividade econômica.

O artigo 86, §2º determina que as regras de concorrência não podem servir de **obstáculo ao cumprimento da missão**⁷⁵⁴ confiada a uma empresa cuja atividade é a

⁷⁵³ Caso 320/91, [1993], I-2568.

⁷⁵⁴ Destaque do texto para remissão à letra do artigo 86, §2º.

prestação de um serviço de interesse econômico geral. O empreendimento do cidadão Paul Corbeau estaria impedido de funcionar caso constatado que sua atuação colocaria em risco o equilíbrio econômico do outro sujeito, a quem se confiara a missão de interesse geral. Se assim fosse, a situação afastaria a regra da concorrência uma vez que poderia comprometer a prestação do titular da do direito exclusivo de exercê-la, o que acarretaria a aplicação do artigo 86, § 2º.

Esse comprometimento do exercício da missão verifica-se, usualmente, na medida em que as condições que garantem a operacionalidade econômica dessa prestação são colocadas em risco pela atuação do particular. Não parece ter sido assim no caso do serviço prestado pela empresa de Paul Corbeau. Existiam aspectos especiais de seus serviços que os diferenciavam da atividade clássica de correios: área de atendimento restrito e coleta e entrega expressa de correspondências e encomendas. Esse serviço não só se diferenciava do tradicional correio, mas se destinava a uma clientela com uma necessidade especial.

A Corte de Justiça fez uso da oportunidade para exarar uma interessante análise de questão do equilíbrio financeiro da empresa encarregada de uma missão e de como esse é um fator importante na avaliação da aplicação do artigo 86, § 2º. Partiu do pressuposto que a iniciativa privada, em geral, procura atuar somente em áreas de grande lucratividade, deixando desatendidas regiões de menor relevância econômica. Com isso, um operador privado concentra-se num determinado espaço territorial e consegue oferecer tarifas menores do que as do responsável pela missão de interesse geral. Este, por sua vez, trabalha com uma equação econômico-financeira da missão fundada num regime de compensação entre as vantagens da região mais lucrativa e as

desvantagens da região menos lucrativa. A inserção de um particular no mesmo ramo de atividades provoca um desequilíbrio nessa equação. Tal fato inviabilizaria a sustentação econômica da atividade exercida pelo detentor do monopólio, o qual está obrigado a obedecer aos princípios da continuidade, da igualdade e da universalidade na execução de suas atividades. A sentença no caso esclarece:

18 Efetivamente, autorizar a empresários particulares a fazer concorrência ao titular de direitos exclusivos nos setores de sua escolha os colocaria em posição de concentrar-se as atividades economicamente rentáveis e de oferecer tarifas mais vantajosas que as praticadas pelos titulares dos direitos exclusivos, quando, diferentemente desses últimos, não estão obrigados a operar uma compensação entre as perdas dos setores não rentáveis e os benefícios dos rentáveis.⁷⁵⁵

Finalmente, a questão passou a ser analisada de modo a deixar em evidência que o serviço oferecido por Paul Corbeau tratava-se de um serviço prestado de modo bastante específico, diferenciável do serviço da *Régie des postes*. Em decorrência disso, repeliu-se a aplicação do artigo 86, §2º nesse caso⁷⁵⁶. O julgamento colocou a claro também que, não havendo comprometimento do equilíbrio econômico da atividade de que se encarrega a *Régie des postes* diante do serviço comercial de natureza específica prestado num espaço territorial restrito, não estariam afetados os serviços de interesse geral.

⁷⁵⁵ Caso 320/91, [1993], I-2569.

⁷⁵⁶ No parágrafo 19 da decisão lê-se: “Entretanto, a exclusão de concorrência não se justifica em face de serviços específicos dissociáveis do serviço de interesse geral, que respondem a necessidades particulares de operadores econômicos e que exigem certas prestações suplementares que o serviço postal não oferece, tais como a coleta a domicílio, maior rapidez ou maior confiabilidade na distribuição ou a possibilidade de mudar o destino postal posteriormente...” Caso 320/91, [1993], I-2569.

7.3.4.2 O caso Commune d'Almelo

Quase um ano depois, decidiu-se a questão conhecida por *Commune d'Almelo*⁷⁵⁷, cujo núcleo tratava de uma cláusula de exclusividade num contrato de compra de energia elétrica de uma distribuidora regional pelo município de *Almelo*. Esse julgamento seguiu a linha decisória da jurisprudência *Corbeau*. Diversos artigos⁷⁵⁸ do Tratado foram objeto de exame para o julgamento da causa, dentre os quais aquele que importa ao tema, o artigo 86, §2º.

A causa levada à Corte de Justiça pelo município de *Almelo* contra a *Energiebedrijf Ijsselmij NV* (distribuidora regional de eletricidade) questionou a aplicação de uma cláusula de exclusividade de compra (que rigorosamente seria contrária às regras de concorrência) numa concessão de natureza não-exclusiva de distribuição de energia elétrica que proibia os distribuidores locais, estabelecidos na Holanda, de importarem eletricidade de outros Estados-membros. Tal situação seria acobertada pela proibição do artigo 81⁷⁵⁹ do Tratado.

A Corte, no entanto, confirmou a legalidade da cláusula de exclusividade, justificada pela condição especial da empresa prestadora no sentido de assegurar o fornecimento ininterrupto de energia aos consumidores, conforme o princípio da

⁷⁵⁷ Almelo é um município da Holanda.

⁷⁵⁸ Dentre eles os artigos 37, 85,86 e 90 §2º do Tratado.

⁷⁵⁹ Título VI do Tratado: **As regras comuns relativas à concorrência, à fiscalidade e à aproximação das legislações**, art. 81 (ex-art. 85) versa: “São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...” (VILHAÇA, op.c it., p. 75). A sentença, ponto 36, reafirma: “Um acordo contendo tal cláusula tem efeito restritivo da concorrência, já que a cláusula proíbe os distribuidores locais de obter o suprimento de eletricidade de outros fornecedores”. Veja-se C-393/92 *Almelo* [1994].

continuidade (distribuidores locais ou consumidores finais), respeitando também regras de proteção do meio-ambiente.

A decisão enfrentou o litígio à luz do artigo 86, §2º, do Tratado, reputando presentes os pressupostos de derrogação das regras gerais relativas à concorrência e dando força à cláusula de exclusividade de que se versou acima. A sentença esclarece:

“49. As restrições à concorrência em relação a outros operadores econômicos devem ser permitidas nos casos em que sejam indispensáveis para viabilizar a execução de um dado serviço de interesse econômico pela empresa encarregada de fazê-lo. Nesse caso, é necessário levar em consideração as condições econômicas em que a empresa opera, em particular os custos que a sustentam, e a legislação, particularmente a que se refere ao meio-ambiente, à que está sujeita.”⁷⁶⁰

O teor do artigo 86 é de que todas as empresas estão sujeitas às regras de concorrência, exceto (§ 2º deste artigo) se a concorrência se configurar num obstáculo ao exercício das atividades de empresas encarregadas de uma missão de interesse geral. Portanto, ao se verificar que o serviço de distribuição e fornecimento de energia elétrica na Holanda – entendido como uma missão de interesse econômico geral - estava sendo prejudicado pela livre concorrência, seria lícito afastarem-se as normas gerais sobre a concorrência.

Para o advogado geral, M. DARMON, o caso *Commune d’Almelo* coloca em evidência que, além da derrogação das regras gerais de concorrência pelo fato de impedirem o exercício de uma missão, o artigo 86, § 2º deve ser aplicado caso o

⁷⁶⁰ Caso 393/92, [1994], I- 1521.

equilíbrio financeiro de uma tal atividade seja ameaçado. A Corte preferiu afirmar que exigências relativas à gestão financeira da empresa encarregada de um serviço de interesse geral poderiam justificar também as restrições à concorrência⁷⁶¹.

Tal como anteriormente afirmado, as decisões acima contribuíram, se bem que tardiamente, para o desenvolvimento de um direito comunitário sobre os serviços de interesse econômico geral. Neste sentido, Alain FIQUET⁷⁶² observou que a Corte de Justiça não costumava invocar o § 2º do artigo 86 nas suas decisões. Limitava-se a privilegiar o § 1º, que tratava somente da proibição de se infringir as regras gerais de concorrência. Por outro lado, este autor também constatou que nem os Estados-membros, nem as empresas públicas encarregadas de missões de serviço público, invocavam o artigo 86, § 2º, em sua defesa. Foi por isso que a exceção aos princípios gerais da concorrência passou longos anos na obscuridade, encobrendo também a relevância da noção de interesse econômico geral.

7.3.4.3 Algumas considerações sobre os referidos julgados

Ainda sobre os julgados, chama a atenção que, em ambos os casos, a Corte de Justiça, após analisar e julgar as questões, remeteu às cortes dos Estados-membros a consideração sobre se cada um dos casos preenchia os requisitos exigidos para se submeter às regras relativas à concorrência e, por conseguinte, a aplicação do artigo 86, §2º. Laurent PASCAL observa, nessa linha, que a contribuição da Corte de Justiça,

⁷⁶¹ O tema foi explorado na opinião proferida pelo advogado geral do caso *Commune d'Almelo* 393/92, [1994] com base na já proferida sentença do caso *Corbeau*.

⁷⁶² FIQUET, op. cit., p. 866.

juntamente com a da Comissão, demonstram a configuração de um sistema coerente sobre a matéria de serviços de interesse geral com o qual contribuem as instituições comunitárias, mas em que também os Estados-membros têm seu papel.⁷⁶³

Por exemplo, no caso *Almelo*, reconheceu-se cumprir à Corte nacional da Holanda considerar se a cláusula de exclusividade de compra que proibia os distribuidores locais de importarem eletricidade era necessária para a execução desse serviço de interesse geral. Se assim o considerasse a Corte nacional, a consequência seria a possibilidade de reconhecer a existência de um serviço que escapava à sujeição às normas concorrenciais do Tratado, desde que se evidenciasse que essas regras se tornavam obstáculo ou dificultavam o cumprimento das missões de interesse geral. Segundo pode-se extrair da sentença proferida pela Corte, esse obstáculo teria de ser de cunho financeiro.

O posicionamento da Corte em relação à aplicação do artigo 86, § 2º, foi, possivelmente, uma resposta aos movimentos setoriais e sociais em defesa da idéia de serviço público de que se falou acima. Teve também o mérito de abrir no âmbito da Corte de Justiça a possibilidade da discussão dos serviços de interesse econômico geral. Além do mais, esses julgados desempenharam importante papel na elaboração da Comunicação de 26 de setembro de 1996, acerca dos serviços de interesse econômico geral na construção européia.

⁷⁶³ PASCAL, Lauren. Commission européenne, Cour de Justice et service public. In: KOVAR, R. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire**: les grands textes, travaux de la CEDECE. Paris: La documentation française, 1996. p. 119.

A necessidade de se constatar a incompatibilidade entre as regras de concorrência e o exercício de uma missão de serviço público deixou de ser o único fundamento adotado pela Corte de Justiça para invocar o artigo 86, §2º, do Tratado em casos envolvendo essa matéria⁷⁶⁴. A Corte de Justiça deu um grande passo quanto à interpretação do referido artigo quando passou a admitir que, juntamente com as regras de concorrência, razões relacionadas com o equilíbrio financeiro⁷⁶⁵ da missão igualmente justificassem a aplicação de cláusula derogatória do regime concorrencial.

Outro aspecto que merece destaque é a diversidade de nomenclatura adotada pela Corte ao se referir ao tipo de serviço envolvido em cada um dos casos. Na primeira decisão, tratou de uma questão envolvendo atividade dos correios que a Corte de Justiça preferiu chamar de **serviço de interesse econômico geral**. Já no segundo caso abordado, a Corte referiu-se a uma decisão sobre **serviço de interesse geral**, aqui, energia elétrica.

Alude-se, portanto, que o acórdão *Commune d'Almelo* é um importante marco na jurisprudência da Corte de Justiça porque realizou uma “mini-revisão judiciária”⁷⁶⁶ do conceito de serviço de interesse econômico geral. Segundo F. GAZIN, essa revisão envolveu a adoção do conceito mais genérico de serviço de interesse geral. Infere-se

⁷⁶⁴ KOVAR, **Droit communautaire** ..., n. 33, p. 503.

⁷⁶⁵ Robert KOVAR lembra, por exemplo, que na questão *British Telecom*, de 1985, a Corte de Justiça rejeitou o argumento relacionado ao equilíbrio financeiro da empresa encarregada de uma missão de serviço público no setor das telecomunicações. Consulte-se: *Ibid.*, p. 503 et seq. O julgado é conhecido como *British Telecom*, CJCE 20 de março de 1985, caso 41/83.

⁷⁶⁶ GAZIN, Fabienne. La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics. In: KOVAR, R. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire: Les grands textes**, travaux de la CEDECE. Paris: La documentation française, 1996. p. 59.

disso que os serviços de interesse econômico geral seriam espécie do gênero serviço de interesse geral.

Mais tarde, o assunto foi tratado pela Comissão de Bruxelas que editou a Comunicação⁷⁶⁷ de 26 de setembro de 1996, em que apelava no sentido da difusão da distinção entre **serviço de interesse econômico geral** do **serviço de interesse geral**⁷⁶⁸ na Europa. Segundo se extrai, a Comissão declarou que o primeiro envolve uma categoria mais restrita de serviços que têm fundo econômico e são exercidas dentro de um regime de mercado. Já a segunda, uma noção mais ampla, estaria envolvendo tanto as atividades econômicas quanto as não econômicas (*marchandes* e *non marchandes*)⁷⁶⁹. Contudo, consoante o autor, somente as de natureza “econômica” é que estão sujeitas ao regime da concorrência e seriam suscetíveis à aplicação do artigo 86, § 2º. Edmond HONORAT confirma o enfoque objetivo da matéria, o que leva à interpretação de que deve ser a atividade em si que necessita estar revestida pelo caráter de interesse coletivo. Isso significa que o serviço deve atender o imperativo de uma necessidade “fundamental” ou “vital” dos indivíduos de uma dada coletividade⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Comunicado (1996) 281/03 (JOCE série C n° 281, p. 3).

⁷⁶⁸ As definições propostas pela Comissão de Bruxelas são as seguintes: Serviço de interesse geral: Esta expressão abrange todos os serviços de mercado e serviços não integrados no mercado que as autoridades públicas consideram de interesse geral e que estão sujeitos a obrigações específicas. Serviço de interesse econômico geral: Esta é a expressão utilizada no art. 86º do Tratado CE e refere-se aos serviços de mercado que os Estados-Membros sujeitam a obrigações de serviço público em função de critérios de interesse geral. Abrange, em princípio, as redes de transporte, energia e telecomunicações. Confira-se Anexo II da Comunicação da Comissão sobre serviços de interesse geral na Europa COM (2000) 580 que atualiza a Comunicação (1996) 281 sobre o mesmo tema. Documento disponível no site www.europa.int.eu.

⁷⁶⁹ HONORAT, Edmond. La notion d'intérêt general dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. In: CONSEIL D'ÉTAT, **Rapport public 1999 – jurisprudence et avis de 1998 – l'intérêt général**. Paris: La documentation française, 1999. p. 393. (Études & documents, v. 50).

⁷⁷⁰ Id.

Talvez se pudesse concluir, desde já, que as duas decisões trazidas a esse estudo, *Corbeau* e *Almelo*, puderam ilustrar o prestígio de que ainda gozava a noção de serviço público em meados dos anos 90. Ou seja, as duas decisões levantaram a questão sob uma ótica que configurou renovação do tema à época que foram proferidas. Além disso, passaram a dar o destaque merecido às prestações que se revestem sobre a etiqueta de missão de serviço público, serviço público ou tarefas públicas.

Uma crítica a ser considerada, no entanto, erigida por F. GAZIN, indica uma aparente contradição da Comissão. Por um lado, a Comissão procurou revestir o conceito de serviço de interesse geral de um caráter global, inserido num projeto comunitário que desborda os limites da integração econômica. Por outro lado, traduz os interesses gerais de modo pontual, definindo-os setor por setor. Isso significa, em última análise, uma fragmentação de uma idéia que se pretende ser global e genérica. A crítica tem o seu fundamento. Porém, a questão de se ordenar os serviços de interesse geral setor por setor tem justificativas práticas, que levam em conta as características técnicas que cada qual apresenta. Além disso, é um modelo adotado pela nova técnica jurídica da maioria dos países ocidentais que realizaram reformas nesses âmbitos.

Denys SIMON destaca o quanto é significativo que a direção dada pelos julgados acima ocorreu num período em que o Parlamento europeu e o Conselho⁷⁷¹ resolveram ceder às pressões, especialmente da França, no sentido de assegurar ao tema de “serviço de interesse econômico geral” um tratamento mais compatível com sua relevância.

Na mesma linha, F. GAZIN entendeu que as decisões colaboraram para evidenciar que os objetivos da Comunidade Européia ultrapassavam os meramente econômicos, mas confirmam, por sua vez, a vocação política da instituição⁷⁷². Além disso, aponta F. GAZIN, as decisões acima revelam preocupações de ordem social e ambiental, notadamente no acórdão *Commune d'Almelo*, como se pode ler no trecho da sentença acima citado. Essa constatação é procedente na medida em que confirma a evolução dos estudos que produziram não só a Comunicação 281, mas que também propuseram a inclusão do artigo 16º no Tratado da Comunidade Européia.

7.4 O ARTIGO 16º DO TRATADO DA CE ALTERADO EM AMSTERDÃ

O artigo 16º do Tratado da Comunidade Européia modificado pelo Tratado de Amsterdã tem particular relevância para o tema em estudo. Sua inclusão no Tratado de Amsterdã segue a orientação da Comunicação apresentada pela Comissão acerca dos

⁷⁷¹ O autor refere-se à Resolução do Parlamento de 12 de fevereiro de 1993 sobre o papel do setor público no atingimento do mercado interior, JOCE nº C 72 de março de 1993 e da resolução do Comitê econômico e social de 21 de setembro de 1993. e, no âmbito do Conselho, a Resolução de 7 de fevereiro de 1994 sobre os princípios em matéria de serviço universal no setor das telecomunicações, JOCE nº 48 de fevereiro de 1994 e a Resolução sobre os serviços postais, do mesmo dia. Confira-se: SIMON, op. cit., p. 72.

⁷⁷² GAZIN, op. cit., p. 59.

serviços de interesse geral na Europa⁷⁷³, de 26 de setembro de 1996, que justificava a relevância de um dispositivo específico para o tema, inclusive por considerá-lo compatível com a existência de um mercado interno e com a política de concorrência da Comunidade.

O artigo 16º trata dos **serviços de interesse econômico geral** como um valor comum da União Europeia e dá um novo tratamento ao tema sob a ótica de sua relevância para a coesão social e territorial dos Estados-membros da UE. Convém reproduzir o texto do artigo:

Artigo 16º: “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 dentro no âmbito de aplicação do presente Tratado, zelarão por que esses serviços funcionem com base em princípios e em condições que lhes permitam cumprir as suas missões.”⁷⁷⁴

É oportuno frisar que pelos menos três noções distintas e relevantes estão presentes na redação desse artigo: a de serviço de interesse econômico geral, a de valor comum e a de coesão social e territorial. Para se extrair uma compreensão do escopo da lei faz-se necessário estudar o que essas expressões representam de novo para o direito comunitário.

⁷⁷³ COM 281, de 29.09.1996, 3, atualizada pela COM 580, de 20.09.2000.

⁷⁷⁴ VILHAÇA, op. cit., p. 42.

O primeiro dos três temas, **serviço de interesse econômico geral**, é o que mais nos interessa e que tem sido objeto de especial tratamento neste trabalho. O serviço de interesse econômico geral parece ter sido “ratificado” pela Comissão de Bruxelas com a inclusão desse artigo no Tratado da Comunidade Européia. Nessa esteira, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS aduz que “o artigo 16º formula, assim, de modo ‘positivo’ aquilo que figura apenas como exceção no artigo 90 §2º do Tratado de Roma”⁷⁷⁵. De fato, sua introdução na primeira parte do Tratado da Comunidade, dentre os artigos relativos aos princípios, tem esse efeito confirmador não só da existência dessa noção, mas de seu proeminente papel na construção do direito comunitário, além da construção da política européia. Reconhecendo o valor desse artigo, Giuseppe BETTONI e Renato RUFFINI afirmaram que ele “representa uma ponto importante, a última, na definição dos serviços públicos, particularmente ao sublinhar o papel e a natureza desses serviços considerados de interesse econômico geral”⁷⁷⁶.

A segunda expressão que chama a atenção é a de que os serviços tratados nesse artigo seriam a expressão de um **valor comum** à União Européia. Essa é uma prescrição que propicia uma pluralidade de pontos de vista sobre o assunto. Por um lado, dele alguns inferem que a noção de serviços de interesse geral representa uma síntese de uma noção jurídica existente de modo razoavelmente semelhante entre os

⁷⁷⁵ CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Services d'intérêt économique general, valeurs communes, cohésion social et territoriale. *AJDA*, Paris, n. 12, p. 959, 1999.

⁷⁷⁶ BETTONI, Giuseppe; RUFFINI, Renato. Services publics, cohésion sociale et analyse géopolitique. In: PAULIAT, Hélène (Org.). *La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam*. Limoges: PULIM, 1999. p.167. Vale completar que esses autores também fazem a ressalva de que, apesar da importância do artigo 16º (ex- 7- D), ele teria um *impacto limitado* para, por exemplo, a Itália, onde se desenvolveu um processo de privatização intenso.

países do bloco comunitário. Essa é sem dúvida a visão dos doutrinadores franceses⁷⁷⁷ e que, com algumas ressalvas, pode ser confirmado pela abordagem do tema que é apresentada nesta dissertação.

Por outro lado, bem diversa é a opinião da professora inglesa, June BURNHAM, cuja atitude pessimista em relação ao tema a conduz a duvidar da possibilidade de dizer que a Grã-Bretanha compartilha valores comuns com os países da União nesse domínio específico⁷⁷⁸. Isso se dá, como dito anteriormente, pela origem da organização britânica de serviços públicos e de sua concepção que toca, mormente, à ciência política.

Num estudo sobre esse tema, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS⁷⁷⁹ adverte que a noção de valor comum não é uma categoria jurídica existente em país algum da Comunidade Européia. Diante disso, conclui ela: “A noção de valores comuns se apresenta como uma justificação claramente comunitária”⁷⁸⁰. A jurista vai mais longe, para argumentar que essa nova noção jurídica poderia ser inserida no rol das categorias abertas, cujo conteúdo seria elaborado pelos intérpretes (em especial, os juízes da

⁷⁷⁷ È o que afirma literalmente Pierre BAUBY: “Realmente, todos os países europeus têm ‘serviços públicos’ ou ‘serviços de interesse geral’ ou ‘public utilities’...”. (BAUBY, **Rapport introductif** ..., p. 19).

⁷⁷⁸ A ressalva da autora busca respaldo não só na dificuldade de se encontrar uma mesma significação para as palavras, mas também na formação sócio-política de seu país. Assim, prefere frisar: “Et puis – la justice, la démocratie, les droits civiques... ce sont sûrement des valeurs communes, mais – le gaz?” (a tradução para o português produz uma perda da riqueza da consideração. De todo o modo, pode-se tentar a seguinte versão “Então, está bem – a Justiça, a Democracia, os Direitos Políticos... são todos seguramente valores comuns, mas – o gás?”). (BURNHAM, June. L’article 7D: meconnaissance, malentendu, mepris. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l’article 7D du Traité d’Amsterdam**. Limoges: PULIM, 1999. p. 27).

⁷⁷⁹ CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 959.

⁷⁸⁰ Ibid., p. 959 et seq.

Corte de Justiça) com base em normas comunitárias ou de cada Estado-membro. Ademais, continua CHAMPEIL-DESPLATS, é possível buscar-se um liame entre os valores comuns e os direitos fundamentais⁷⁸¹, já que são ambas idéias consagradas pelo Tratado da Comunidade, com a ressalva de que ainda carecem de nitidez conceitual.

A terceira noção é a de **coesão social e territorial**. Embora, tal como a noção de valor comum, não seja objeto de detido estudo nesse trabalho, merece uma breve alusão por conta de sua inclusão na redação do artigo 16º.

Mais uma vez, o Tratado parece ter erigido uma idéia que até então não era conhecida no âmbito dos diversos países signatários. O vocábulo “coesão” é utilizado também no artigo 2º do Tratado, ao tratar dos objetivos da União: (entre os quais está “o reforço da coesão econômica e social”⁷⁸²).

Pode dizer-se que o conceito de “coesão” comporta pelo menos três desdobramentos: econômico, social e territorial. Para o efeito deste estudo, somente os dois últimos exigirão comentários já que a coesão econômica é por natureza o objetivo intrínseco à formação da UE.

Adverte-se que iria além do escopo desse trabalho realizar um aprofundamento na distinção entre coesão social de coesão territorial. Por esse motivo, prefere-se adotar a fórmula bastante convincente proposta por June BURNHAM, de

⁷⁸¹ CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p 959.

⁷⁸² Artigo 2º do Tratado da Comunidade.

que a coesão territorial seria a coesão social transposta a um registro geográfico⁷⁸³. Isso significa admitir a inter-relação dos dois conceitos, um de caráter abstrato e o outro de caráter concreto.

O esforço para definir o conceito de coesão social e territorial⁷⁸⁴ parece tornar-se uma tarefa de cunho dedutivo, dependendo de uma análise caso a caso. Essa expressão tem melhor compreensão se entendida como integrante do discurso político⁷⁸⁵, mas que produz efeitos tanto políticos quanto jurídicos.

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS⁷⁸⁶ fez um cotejo da noção de coesão em quatro países da União. A autora produziu algumas conclusões bastante interessantes sobre a matéria. Primeiramente, destaca o enfoque particular da Espanha que utiliza a noção de coesão para tratar do problema de redistribuição de riquezas ou de fundos de compensação entre as comunidades autônomas. Ou seja, a coesão social e territorial é compreendida como um programa político de remanejamento financeiro para alcançar o equilíbrio econômico e social entre as regiões. Desse modo, não se relaciona diretamente com a noção de serviço público.

⁷⁸³ BURNHAM, *L'article 7D ...*, p. 24. June BURNHAM salienta, no entanto, que a experiência britânica tende sempre ao oposto do que reza o artigo 16 quando adota um individualismo extremo fundado nos interesses locais particulares.

⁷⁸⁴ Esse parece ser um conceito retórico, embora Véronique CHAMPEIL-DESPLATS faz entender que a noção existe em âmbito jurídico em alguns países da União: "... a noção não é uma noção jurídica em todos os Estados." (CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 963).

⁷⁸⁵ A título de ilustração, a expressão **coesão social** fez parte do discurso de Natal de Fernando Henrique Cardoso em 25/12/2000. Leia-se o trecho: "Por isso, hoje mais do que no passado, precisamos de coesão social. É preciso que os valores básicos da convivência democrática, a crença na capacidade humana de buscar sempre caminhos mais iluminados e, sobretudo, a solidariedade, existam em nossos lares e na sociedade como um todo." In: Folha de São Paulo, 25/12/2000, p. A. 6.

⁷⁸⁶ CHAMPEIL-DESPLATS, *op. cit.*, p. 963.

Outra conformação da noção encontra-se no direito alemão, em que a noção de coesão social e territorial é uma prescrição genérica e está ligada às condições de fruição das prestações de serviço público com observância aos princípios da igualdade e continuidade, bem como confiabilidade. Isso tudo para que sejam atingidas as condições essenciais de vida na esfera física, econômica, social e cultural.

Na a Grã-Bretanha, a noção de coesão social e territorial teria um viés de cunho deontológico, ou seja, estaria relacionada com valores relacionados à prestação de serviços de interesse coletivo. CHAMPEIL-DESPLATS⁷⁸⁷ cita os seguintes exemplos: tarifação razoável para residentes das ilhas escocesas ou do centro do país de Gales; acessibilidade aos serviços por deficientes ou idosos; não interrupção do serviço de fornecimento de gás por falta de pagamento da conta. Conclui-se que esse tipo de tutela parece resumir a idéia de coesão social e territorial numa relação de respeito entre os cidadãos e os prestadores de serviços públicos.

Finalmente, na França, a coesão social e territorial se concretiza na adoção de benefícios comuns, de cunho geral, tal como a adoção, por exemplo, de valores coincidentes para um selo postal, ou para um quilowatt de energia elétrica em todo o estado Francês. Com o que se conclui que existe um estreito liame entre essa noção e a prestação de serviços públicos.

A redação do artigo 16º permite reconhecer uma relação entre o serviço de interesse econômico geral e a promoção da coesão social e territorial. A vinculação

⁷⁸⁷ CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 963.

entre essas duas esferas revela a preocupação do legislador comunitário com a integração não só econômica, mas social e territorial dos cidadãos.

Na opinião de Baena del ALCAZAR, os serviços de que trata o artigo 16º são aquelas “atividades que vão contribuir para um equilíbrio maior e para a coesão econômica e social da população dos Estados-membros”⁷⁸⁸. Tais atividades, no entanto, não estão predeterminadas no corpo do Tratado nem existe um elenco exaustivo (ou exemplificativo) em alguma fonte comunitária. Apenas existem disposições comunitárias acerca dos serviços em rede, como as redes transeuropéias.

Portanto, reputa-se que serão qualificados como serviços de interesse geral as atividades que assim foram designadas internamente por cada Estado-membro, ou que receberam esse título por ocasião de uma decisão da Corte de Justiça, em análise de um caso concreto⁷⁸⁹.

Destaque-se que o preceito do artigo 16º destina-se tanto aos Estados-membros e suas subdivisões internas quanto à própria União. É nesse sentido que CHAMPEIL-DESPLATS aduz: “a noção pode se destinar ao nível local, ao nível nacional e ao nível comunitário.”⁷⁹⁰ Acrescenta ela que, por conseguinte, o referido artigo tende a produzir efeitos sobre o conjunto dos territórios da União Européia.

Abstraindo-se da questão conceitual, podemos abordar o tema de coesão social e territorial sob a ótica da liberalização do mercado. Uma constatação importante,

⁷⁸⁸ ALCAZAR, Mariano Baena del. Pour une exegese doctrinale de l'article 7D du traité d'Amsterdã. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam**. Limoges: PULIM, 1999. p. 33.

⁷⁸⁹ Como ocorreu com as questões já estudadas do caso Corbeau e Almelo.

⁷⁹⁰ CHAMPEIL-DESPLATS, op. cit., p. 959.

notada por June BURNHAM⁷⁹¹, diz respeito ao temor de que a livre concorrência, atingindo serviços antes patrocinados pelo Estado pudesse deixar certas regiões desatendidas e, por conseguinte, condenadas ao empobrecimento. Alguns efeitos de uma desaceleração econômica regional que poderiam ser apontadas, nesse caso, são as substituições dos empregadores públicos por privados e conseqüente redução de postos de emprego, o estabelecimento de tarifas mais altas para compensar a dificuldade do atendimento ou, inclusive, a exclusão de regiões não rentáveis do âmbito de prestação. Embora a autora não se refira à França explicitamente, pode-se inferir por tudo que já foi dito aqui, que foi esse o país que vivenciou mais intensamente tal temor. Daí, logicamente, ali serem mais intensas as pressões para que se tratasse do tema de serviço público e de seu papel fundamental para a coesão social e territorial.

Do ponto de vista de outros países, como a Grã-Bretanha, onde a regulação se substituiu à prestação de serviços públicos pelo Estado sem convulsões populares mais graves, o artigo 16º não teve o mesmo impacto.

De todo o modo, a idéia que parece esboçar-se é a de que a coesão social e territorial deve advir de um processo gerado internamente no âmbito de cada Estado-membro, com a convicção de que o esforço individual poderá resultar no benefício comum, se é que se pode dar esse viés à questão. Se, como ilustrado anteriormente, os serviços de interesse econômico geral e a noção de valor comum e coesão social e territorial não encontram significação em alguma cultura jurídica específica integrante

⁷⁹¹ BURNHAM, June. Rapport Introductif. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe**: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam. Limoges: PULIM, 1999. p. 179.

da União, esses países devem manter o empenho em refletir sobre essas idéias e tentar buscar um modo de compreendê-las como instrumento de concretização da União Européia. Afinal, a partir do Tratado de Amsterdã essas idéias foram positivadas.

7.5 UM CONCEITO “EUROPEIZADO” DE SERVIÇO PÚBLICO ?

Em face da inovação legal que o artigo 16º representa, questiona-se se esse dispositivo poderia ser tomado como o reconhecimento da noção de serviço público em nível europeu. Ou seja, a inclusão desse artigo, que utiliza a expressão **serviço de interesse econômico geral**, seria o reconhecimento de que em todos os países da União a noção de serviço público existe e revela-se como valor comum aos Estados-membros? Não apenas isso, mas que esses serviços têm um papel relevante na promoção da coesão social e territorial?

BAUBY alude a uma **concepção européia** de serviço público que teria emergido como um fundo comum ao se estudar e levantar a história e a tradição e a cultura de cada um dos Estados-membros. Para esse doutrinador, o artigo 16º seria uma tentativa de síntese⁷⁹² das diversas concepções de cada país. O estudo ora apresentado inclina-se por acompanhar essa tese.

Contudo, como as respostas a essas indagações só poderão ser dadas ao final de um longo estudo, sugere-se que se tenha como premissa a consideração de que o artigo 16º teve sua gênese na tentativa de se sintetizar os serviços públicos como valor

⁷⁹² BAUBY, *Rapport introductif* ..., p. 17.

comum⁷⁹³ do modelo europeu de sociedade. Não se olvida que a noção tem aspectos particulares em cada país. A própria Comissão posicionou-se nesse sentido: “Existem, no entanto, diferenças entre os Estados-membros e entre um e outro setor no que respeita à configuração, ao objetivo e à organização dos serviços de interesse geral, que são devidas às diferentes tradições e questões de ordem prática”⁷⁹⁴. Isso porque, como visto, a idéia de serviço público desempenha papel diverso em cada sistema jurídico.

Pode-se reputar que o artigo 16º, surgiu como resultado de um amplo debate acerca do tema iniciado pela França e que levou os demais países a se envolverem. Bem por isso, esboçou-se o significado dos serviços públicos para cada um dos Estados-membros através de uma extensa produção doutrinária ao longo dos anos 90.

Como se poderia esperar, a inserção do artigo 16º no Tratado da Comunidade é mais festejada pelos franceses do que pelos outros povos comunitários. Interessante notar, para ilustrar esse fato, que sob a ótica dos britânicos a existência desse artigo não parece ter qualquer relevância. June BURNHAM⁷⁹⁵ adverte que entre os britânicos impera um desconhecimento generalizado do Tratado de Amsterdã, à exceção dos pontos que foram suas conquistas junto à Bruxelas. Sendo assim, segundo BURNHAM, não houve qualquer divulgação pela mídia ou pelo governo sobre essa inovação legislativa do Tratado. Também a doutrina não pareceu sensibilizada pela redação do artigo 16º.

⁷⁹³ BAUBY, *Rapport introductif* ..., p. 19.

⁷⁹⁴ COM (1996) 281, de 26 de setembro de 1996, introdução § 3º.

⁷⁹⁵ BURNHAM, *L'article 7D* ..., p. 23.

Já se comentou anteriormente sobre a inexistência de uma expressão que identifique o sentido jurídico dos serviços públicos na Grã Bretanha, como se verifica na França ou na Itália. Daí parece adquirir sentido a advertência feita por BURNHAM quanto ao mal entendido que a redação do artigo 16º gera entre os britânicos: “Os termos: ‘serviço de interesse geral econômico’, ‘coesão social e territorial’ e ‘missão’ são palavras que não entendemos bem no Reino Unido”⁷⁹⁶.

Ao que parece, a falta de compreensão do artigo 16º entre os britânicos deve gerar uma marcante indiferença quanto ao seu conteúdo. Ou seja, já que o disposto no artigo 16º não encontra eco no modo como se organiza a atividade do Estado destinada a atender os interesses públicos, esse dispositivo não tem aplicabilidade nesse sistema jurídico. Esse fato não é tão surpreendente se considerado o papel que a própria noção de serviço público desempenha no direito britânico.

Por outro lado, nos países de tradição romanista a disciplina contida no referido dispositivo artigo encontra melhor acolhida. Segundo ensinam BAUBY e BOUAL, se a integração europeia passa, de fato, por uma coesão social e territorial, além de econômica, então como “alavanca” desse processo estariam os serviços públicos capazes de dar conteúdo ao projeto⁷⁹⁷.

⁷⁹⁶ BURNHAM, *L'article 7D ...*, p. 23. BURNHAM explica, por exemplo, que “missão” está relacionada à atividade dos missionários a países não cristãos e que leva o leitor do artigo à total incompreensão de seu sentido.

⁷⁹⁷ BAUBY; BOUAL, *op. cit.*, p. 313.

7.6 COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO DE 20/09/2000

O reconhecimento da importância do tema serviço de interesse econômico geral fez com que, ainda outra vez, a Comissão produzisse uma Comunicação⁷⁹⁸, com o fim de trazer maiores esclarecimentos e orientações aos Estados-membros.

Desde a edição da primeira Comunicação sobre os serviços de interesse econômico geral, a liberalização dos serviços de telecomunicações, transporte, energia elétrica, ocorreu do modo como se planejava e, em alguns setores verifica-se que as fronteiras já foram apagadas. O progresso tecnológico, por sua vez, tem funcionado como um vetor propulsor dos avanços alcançados pela Comunidade na implementação do mercado interno. No campo de alguns serviços de interesse geral, em especial dos grandes serviços organizados em rede, como as telecomunicações, a energia elétrica e os transportes, a Comissão afirma ter informações de que a liberalização produziu resultados positivos quanto ao atendimento dos usuários atingindo altos índices de acessibilidade, qualidade e preços módicos⁷⁹⁹.

Como dito anteriormente, a Comunicação elaborada em 1996 a propósito dos serviços de interesse econômico geral sugeriu a inclusão de uma artigo que tratasse do papel desempenhado por eles na Comunidade. Assim, foi introduzido o artigo 16º ao qual já se deu tratamento.

Desde então, a Comissão tem entendido que tais serviços constituem um elemento-chave do modelo europeu de sociedade⁸⁰⁰. O tempo decorrido entre as

⁷⁹⁸ Em 1996 foi editada a primeira Comunicação sobre o assunto “serviço de interesse econômico geral”, COM (1996) 281 que foi atualizada por esta Comunicação.

⁷⁹⁹ COMUNICAÇÃO sobre serviço de interesse geral, n. 580/2000, op. cit., p. 17.

⁸⁰⁰ Ibid., p. 3.

primeiras decisões da Corte envolvendo a noção até a edição da Comunicação de 2000 demonstra a progressiva relevância adquirida pelo tema no panorama da Comunidade. Da indiferença à notoriedade, a noção de serviço de interesse econômico geral prossegue acompanhando a lógica imposta pela Comunidade. Isto é, o tema inicialmente ignorado, pois interessava dar andamento aos trâmites para obter-se mais rapidamente um mercado comum, tornou-se protagonista no cenário da livre concorrência. Não por acaso, tem-se dado tamanha atenção aos “serviços de interesse econômico geral”. Os objetivos da Comunidade continuam os mesmos no tocante à competitividade da economia europeia nos mercados mundiais, porém o amadurecimento da consciência social da Comunidade agregou a esse escopo inicial a proteção ao cidadão consumidor e aos serviços de interesse econômico geral, os quais reforçam a coesão social e territorial.

Dentro dessa perspectiva, a Comunicação de 20 de setembro de 2000 teve pelo menos dois objetivos principais. Primeiramente, o esclarecimento quanto às funções dos níveis das autoridades públicas atinentes à relação entre a concorrência e mercado aplicadas aos serviços de interesse econômico geral. Em segundo lugar, assumiu a incumbência de promover a continuidade e ampliação do desempenho dos serviços de interesse econômico geral junto às autoridades locais, regionais e nacionais em consonância com o prescrito no artigo 16º do Tratado CE.

Os esforços da Comunidade em trabalhar a compreensão do tema encontram sustentação na própria expectativa do povo europeu em relação à qualidade, preço e acessibilidade desses serviços. Toda e qualquer ação da Comunidade nesse setor visa obter a satisfação dos cidadãos europeus não só com as medidas relativas à abertura de

mercado, mas também com a garantia de que serviços revestidos de interesse geral, em regime concorrencial estão igualmente recebendo relevância equivalente.

O passo que a Comissão pretende seja dado é a transparência no trato dos serviços de interesse econômico geral, especialmente quanto à sua clara definição dentro de cada Estado-membro. O que se objetiva agora é que se avance para uma rotulação clara e inequívoca de quais são esses serviços, de como deverão funcionar técnica e economicamente, quais exigências dos usuários devem atender, sempre levando em consideração o modelo cultural e histórico no qual se inserem.

O fenômeno liberalizante não se coaduna com a manutenção de monopólios públicos em setores de relevância econômica. Por exemplo, não se admitem hodiernamente monopólios estatais dos serviços de telecomunicações, privatizados até 1998 nos países da União Européia. Porém, não se quer também que passem a ser unicamente regulados pelas forças de mercado. Esses serviços guardam características intrínsecas que revelam um caráter de interesse geral no mundo moderno. Considere-se, apenas a título ilustrativo, a importância deles nas comunicações entre países, como meio de transferência de informações sigilosas ou como instrumento de garantia do direito fundamental do cidadão à informação. Ou seja, existe um revestimento “social geral” na atividade que demanda a existência de um mecanismo regulatório sobre ela.

Para o direito comunitário, prestações dessa natureza encontram-se ao abrigo do artigo 16º e da derrogação de concorrência do artigo 86, §2º. Postula-se nesses preceitos que a proteção aos serviços de interesse econômico geral é devida pelo papel que desempenham na coesão social e territorial européia e que as regras de

concorrência poderão ser afastadas se figurarem como obstáculo à realização das missões confiadas a tais serviços.

A grande empreitada a ser realizada a partir da Comunicação de 20 de setembro de 2000 é a de fazer com que os Estados-membros definam quais são esses serviços e de que modo serão operados. Para isso, a Comissão procurou oferecer suficiente subsídio teórico através desta comunicação.

Primeiramente, como assinalou Lucca PERFETTI⁸⁰¹, a Comunicação serviu para reafirmar a concepção objetiva acerca da idéia de serviço de interesse econômico geral. Ou seja, interessa que o serviço seja fornecido aos cidadãos, independentemente de quem o preste: setor público ou privado, desde que respeitadas as regras gerais do tratado da Comunidade.

Cabe às autoridades públicas diferenciar os serviços de interesse econômico geral dos serviços normais oferecidos ao mercado, considerando que os primeiros têm tratamento especial pelo papel que desempenham na promoção da coesão social e territorial dos Estados-membros.

Poderá assumir a prestação de serviços de interesse geral qualquer número de operadores, ou se as autoridades preferirem, um número reduzido de operadores, com obrigações específicas e proporcionalmente distribuídas. Além disso, considera-se a hipótese da atividade comportar apenas um prestador, caso em que a Comissão orienta que o serviço seja prestado em regime de concessão com período limitado.

⁸⁰¹ PERFETTI, Lucca. Servizi di interesse economico generali e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale, Del 20 settembre 2000). *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Milão, p. 484, 2001.

A Comissão também sugere que a compreensão do artigo 86 do tratado de Roma passe pelo cotejo de três princípios: **neutralidade** – o prestador pode ter natureza pública ou privada desde que se sujeite às regras de concorrência; **liberdade de definição** pelos Estados-membros de quais seriam os “serviços de interesse econômico geral” em face de sua realidade; finalmente, a **proporcionalidade**⁸⁰² que, nesse contexto, implica buscar a justa medida entre os meios para se realizar a missão de interesse geral e manutenção do regime de livre mercado. Também aplica-se esse princípio no sentido de que a intervenção comunitária deve ser limitada à busca dos objetivos fixados pelos tratados⁸⁰³, nada além disso.

Volta-se a afirmar que todos esses princípios são aplicados às atividades de cunho econômico, ficando excluídas das regras gerais de concorrência aqueles serviços que não se revestem dessa natureza⁸⁰⁴, tais como os que incorporam prerrogativa intrínseca do Estado (segurança, administração da justiça, para citar alguns). Outros serviços, conhecidos como serviços de interesse social, como educação e seguridade social, serviços relacionados à promoção da cultura, estão todos subtraídos às regras de concorrência. Do mesmo modo, cita a Comunicação, são atividades não econômicas as atribuídas às organizações sindicais, associações de consumidores, instituições de caridade e de auxílio.

⁸⁰² O conceito de proporcionalidade foi integrado na institucionalização da União Européia, seguindo basicamente a feição que lhe atribuía o pensamento de origem germânica. Não é possível ampliar o estudo da questão neste trabalho. Para uma análise genérica sobre o princípio, confira-se: GALETTA, Diana-Urania. **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1998. p. 16 et seq.

⁸⁰³ PASCAL, op. cit., p. 118.

⁸⁰⁴ A Comunicação faz um elenco bastante amplo, quase exaustivo, das atividades que não se sujeitam às regras da concorrência. Ver parágrafos 28 a 30.

Conclui-se, de tudo, que a Comunicação de 20 de setembro de 2000 é mais um marco na progressiva sedimentação da idéia de serviço de interesse geral entre os Estados-membros, principalmente nos países que desconheciam um instituto jurídico autônomo. Constata-se que existe, por parte da Comissão, um comprometimento⁸⁰⁵ em esclarecer o âmbito de aplicação e os critérios de compatibilidade desses serviços com o direito comunitário. Pode-se afirmar, talvez, que foram lançados todos os elementos para que a matéria relativa aos serviços de interesse geral e seus desdobramentos torne-se uma disciplina autônoma do direito comunitário. Com isso espera-se que possa acompanhar as mudanças não só relativas ao progresso tecnológico, mas também as relativas ao bem-estar do povo.

7.7 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPÉIA

A Carta dos direitos fundamentais da União Européia contempla, no artigo 36º, a garantia de respeito ao acesso aos serviços de interesse econômico geral, nos moldes estabelecidos pelas leis e práticas nacionais e conforme as regras do Tratado da Comunidade.

Há clara relação com o artigo 16º de que se falou anteriormente. Contate-se pela leitura do artigo 36º da Carta:

“A União reconhece e respeita o acesso aos serviços de interesse econômico geral conforme sejam providos pelas práticas e leis nacionais, de acordo com o

⁸⁰⁵ Parágrafo 36 da Comunicação de 20 de setembro de 2000.

Tratado que estabelece a Comunidade Européia, com o fim de promover a coesão social e territorial da União.”⁸⁰⁶

A edição dessa Carta revela a inclinação do Direito comunitário em adotar uma teoria dos serviços de interesse econômico geral vinculada à proteção dos direitos fundamentais. Essa posição parece espelhar princípios existentes no direito interno de alguns países da União. Na Alemanha, os direitos fundamentais norteiam a execução das missões públicas, as quais devem respeitar, por exemplo o princípio da igualdade. Na Itália e na Espanha, o liame entre o fundamento constitucional dos serviços públicos e os direitos fundamentais tem sido referido com freqüência pelas respectivas Cortes constitucionais⁸⁰⁷.

Finalmente, merece destaque o texto do preâmbulo da Carta dos direitos fundamentais da União Européia:

“Consciente de sua herança espiritual e moral, a União está fundada nos valores indivisíveis e universais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; baseia-se nos princípios da democracia e da legalidade. Coloca o indivíduo no coração de suas atividades através do estabelecimento da cidadania da União e pela criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça.”⁸⁰⁸

A questão dos serviços de interesse geral, considerada sob a luz desse dispositivo, parece adquirir uma conformação mais humana, se comparado à lógica da

⁸⁰⁶ Consulte-se a Carta dos direitos fundamentais da União Européia, assinada em Bruxelas, em 11 de outubro de 2000, Charte 4473/00, disponível no site www.europa.eu.int.

⁸⁰⁷ MARCOU, De L'idée de ..., p. 405.

⁸⁰⁸ Consulte-se a Carta dos direitos fundamentais da União Européia no site www.europa.eu.int.

concorrência que, não se pode negar, é o seu vetor principal. Os valores da dignidade humana, da liberdade, da igualdade e da solidariedade são alicerces sólidos para a sustentação da nova concepção de serviço público que o direito comunitário tem afirmado.

7.8 UM BALANÇO DO ENFOQUE DO DIREITO COMUNITÁRIO SOBRE SERVIÇO PÚBLICO

É inegável que a disciplina de serviço de interesse geral⁸⁰⁹ passou por uma modificação no tocante ao seu significado, não apenas semântico, mas axiológico. O estudo da Comissão de Bruxelas reconheceu não só o seu valor econômico, mas o seu papel fundamental para o desenvolvimento da coesão social e territorial e da solidariedade, que atualmente constituem elementos chaves para o modelo europeu de sociedade.

Todo o fundamento do trabalho que aqui se esboça tem como pano de fundo a crença de que os serviços públicos não estão “mortos” como anunciam alguns, mas que estão sofrendo um período de adaptação a uma nova realidade. Por mais “liberalizada” que se encontre a economia, não só europeia mas mundial, parece estar se perenizando a função dos serviços públicos.

DENOIX DE SAINT MARC⁸¹⁰ ao analisar a compatibilidade da noção de serviço público francesa àquela que se insere nos Tratados e documentos oficiais da

⁸⁰⁹ Essa designação parece ser a mais adequada quanto se quer aludir ao sentido genérico das atividades que designam tanto os serviços integrados ao mercado quanto os não integrados ao mercado que as autoridades públicas assim os consideram e lhes impõem obrigações específicas.

⁸¹⁰ DENOIX DE SAINT MARC, op. cit., p. 60.

Comunidade Européia, conclui que embora essa última seja resultado de um processo intelectual diverso, ela se aproxima da noção francesa em seus conceitos intrínsecos. Certamente, a convicção de que a noção de serviço público não foi descartada é partilhada por grande parte dos juristas franceses, como por exemplo Michèle VOISSET, para quem a “mudança não é a morte do serviço público mas somente de uma certa organização do serviço público e que o serviço público que se encontra, em todos os países, sob títulos diversos (...) deve viver de outro modo”⁸¹¹. É essa adaptabilidade da noção, de que já falava DUGUIT no início do século passado, que se acredita dar ainda sustentação e força à defesa do instituto.

Dentre as inúmeras elaborações teóricas sobre o tema, vale citar Jean-Pierre HANSEN⁸¹², cuja idéia de serviço público para o direito comunitário poderia ser compreendida melhor pelos seus efeitos do que pelo seu conceito. Assim, esclarece que, em virtude da existência da expressão **serviço de interesse econômico geral**, do artigo 86, §2º, e da consagração da expressão mais largamente difundida, **serviço universal**⁸¹³, estar-se-ia diante da manifestação de dois dos efeitos da noção de serviço público. O autor entende que o conceito de serviço universal se configura como um conceito mais restritivo, e que abrange uma proteção ao indivíduo, usuário do serviço. Por sua vez, o outro conceito, se revela menos preciso uma vez que diz respeito a

⁸¹¹ VOISSET, *Le service public autrement ...*, p. 209.

⁸¹² HANZEN, Jean Pierre. *Le service public et la nouvelle donne européenne*. In: CHEVALIER, Jean-Marie (Org.) et al. *L'idée de service public est-elle encore soutenable?* Paris: PUF, 1999. p. 214.

⁸¹³ A expressão consta da resolução do Conselho sobre telecomunicação.

necessidades de um dado Estado-membro, que só poderão ser definidas em âmbito interno.

De fato, observa-se que esse enfoque coaduna-se perfeitamente com o modo como a Corte de Justiça proferiu julgamento nos casos *Corbeau* e *Almelo*. Existe uma peculiaridade de cada país e de cada povo que faz com que haja variação da prestação estatal, diversidades no regime jurídico da atividade bem como da própria expectativa da cada povo em relação a esse papel desempenhado por parte do Estado. Esse diferencial, assim parece, não pode estar sujeito à unificação pelo direito europeu pois o serviço público, como instrumento político, está intimamente relacionado com a soberania dos Estados-membros. Faz parte da política interna de cada país decidir aquilo que quer eleger como serviço público e o regime jurídico a que o sujeitará. A função do artigo 86, §2º, é precisamente proteger essa liberdade dos Estados-membros.

8 CONCLUSÃO

1. O significado da noção de serviço público é difícil de se precisar. Ainda assim, após sucessivas crises que tentaram declarar sua inutilidade, sua imprecisão e até sua “morte”, ressurgiu como uma esperança e uma crença de que desempenha um papel basilar nos sistemas jurídicos atuais.

2. O tema de serviço público parece nunca ter sido confinado aos limites do direito público. Presentemente, mais do que outrora é verdade, o serviço público situa-se numa posição limítrofe que toca tanto ao direito público quanto ao direito privado. FILIPO SALVIA⁸¹⁴ chama esse espaço em que se situa o conceito de serviço público de “zona cinzenta”.

3. A doutrina jurídica do serviço público do início do século XX caracterizava-se pela sua elasticidade, ou seja permitia adaptar a organização de serviços públicos às mudanças técnicas, econômicas e sociais. Essa característica, que já havia sido apontada por DUGUIT, possibilitou a existência da noção por mais de um século.

4. A noção de serviço público é caracteristicamente ambígua, eis que é utilizada tanto para denotar tanto um organismo, quanto uma atividade e que, ao menos parcialmente, impõe um regime jurídico especial. No direito administrativo francês, o serviço público é definido tanto do ponto de vista funcional (serviço público é uma atividade destinada a satisfazer o interesse coletivo), como de um ponto de vista

⁸¹⁴ SÁLVIA, op. cit., p. 535.

orgânico (a atividade deve estar organizada pelo poder público que pode optar por desempenhá-la diretamente ou confia-la a um particular por instrumentos próprios).

5. É uma noção que polariza a discussão sobre a extensão do papel do Estado na Economia. A intervenção do Estado na Economia, em maior ou menor grau, reflete-se nos modos de se organizar os serviços públicos. Assim, num modelo de Estado de Bem-Estar o Estado tende a intervir mais na Economia, na medida em que assume maior número de prestações, como prestador direto ou indireto. Um modelo neoliberal tende a reservar ao Estado um papel a tarefa de controlador ou regulador dos serviços públicos, que são oferecidos em regime de concorrência pela iniciativa privada e apenas podem ser assumidos pelo Estado quanto verificadas as chamadas “falhas de mercado”. O Estado não pode subtrair-se, no entanto, à obrigação regradar, assegurar ou controlar⁸¹⁵ as atividades que reconhece formalmente como serviços públicos, seja qual for o modelo econômico vigente.

6. A nova realidade dos serviços públicos pressupõe também uma limitação das prerrogativas do Estado (*puissance publique*) como participante ativo da economia de mercado.

7. As considerações de ordem econômica servem, mais uma vez, para demonstrar como o direito evolui impulsionado, justamente, pela evolução das necessidades econômicas⁸¹⁶.

⁸¹⁵ Para citar novamente as obrigações do Estado em relação ao serviço público na acepção de: DUGUIT, **Les transformations** ..., p. 51.

⁸¹⁶ Essa é uma consideração feita por DUGUIT, no início do século XX quando verificava uma situação de modelo econômico inverso ao que hoje se verifica.. Ibid., p. 50.

8. Alude-se com freqüência à crise do conceito de serviço público. Porém, é uma consideração quase que de caráter tautológico, já que desde a sua primeira aparição como conceito jurídico, mais passou por crises do que por períodos de estabilidade. Não se ignore, no entanto, que o momento atual difere dos anteriores que ocorreram sempre em tempos do Estado de Bem-Estar. Possivelmente, a atual crise pode ser considerada mais intensa porque o rompimento como esse modelo de Estado é bem mais marcante e submete a noção de serviço público a uma profunda redefinição⁸¹⁷.

9. O estudo do papel do conceito de serviço público em cinco países que compõem a União Européia ilustra a diferente intensidade com que o tema é refletido e revisto no atual cenário do direito comunitário. A tipologia adotada por FRANCK MODERNE⁸¹⁸ fornece elementos interessantes e esclarecedores da multiplicidade de acepções. Segundo esse autor, pode-se aludir a três categorias de países segundo a ótica do serviço público. A primeira categoria inclui apenas a França, onde a noção tem um papel um papel fundamental na construção do direito público, sendo considerado inclusive como pedra-angular do direito administrativo francês e, por vezes, um “mito” erigido pelo consciente coletivo. O segundo grupo, em que se incluem a Itália e a Espanha além de outros de tradição jurídica romanista, trata o serviço público como um conceito técnico-jurídico, de relevância atenuada, mas que encontra referência nas constituições. Finalmente, há países em que a noção de serviço

⁸¹⁷ CHEVALLIER, *La place* ..., p. 28.

⁸¹⁸ STOFFAËS, *op. cit.*, p. 342-343.

público não produz efeitos jurídicos, embora não seja completamente ignorada. Neste grupo estariam a Alemanha e a Grã-Bretanha. Propõe-se que esse último grupo admita uma subdivisão, isolando a Grã-Bretanha numa categoria em que a noção de serviço público é uma noção quase que exclusivamente econômica, como é típico dos países do Common Law. Enquanto que a Alemanha tem um direito em que se formulam idéias semelhantes ao serviço público de um modo a revesti-la não só sob outra denominação, mas impregnando-a de teor principiológico, como é o “Daseinsvorsorge”.

10. A noção de serviço público desenvolveu-se, na origem, prioritariamente no seio da jurisprudência e da doutrina. Uma das constatações sobre as recentes evoluções na matéria revela que na atualidade o legislador tem sido o principal responsável pelas novas dimensões que o conceito tem tomado⁸¹⁹. Embora esse fator não chame a atenção no direito brasileiro, representa uma modificação importante dentre os países europeus aqui estudados.

11. No âmbito comunitário, embora o Tratado de Roma já contivesse a expressão “serviço de interesse econômico geral”, a disciplina dessa matéria só veio a ser desenvolvida no anos 80, quanto o projeto de colocar em prática o mercado comum europeu foi intensificado.

12. Incumbe apontar que a opção do direito comunitário por não adotar a expressão serviço público no direito comunitário pode ser compreendida, levando-se em consideração que a expressão **serviço de interesse econômico geral** induz a uma

⁸¹⁹ MARCOU, *De l'idée de ...*, p. 406.

maior neutralidade ideológica e revela-se mais coerente com a finalidade da instituição da U.E., ou seja, construir um mercado comum.

13. A aplicação do direito derivado (comunitário) visa sobretudo aos serviços públicos conhecidos no direito francês como serviços públicos industriais e comerciais, especialmente aqueles organizados em rede, visto que fazem parte da órbita da concorrência.

14. No plano jurisdicional da Corte de Justiça da Comunidade Européia, os acórdãos *Corbeau* e *Commune d'Almelo* mostraram que o controle exercido pela Corte de Justiça foi capital na busca pela definição de serviço de interesse econômico geral, colaborando para preencher o conteúdo dessa noção. Consoante Jean-Claude BOUAL; “esses julgados constituíram uma base de argumentação útil no que se refere à obrigação de prestar, à igualdade de tratamento de todos os usuários e à compensação tarifária”⁸²⁰.

15. A evolução em relação ao tratamento da matéria de “serviço de interesse econômico geral” pelo direito comunitário produz uma análise em quatro estágios:

- a) primeiramente, constata-se uma fase em que predomina a **indiferença** aos assuntos relativos aos serviços públicos econômicos. A ausência tanto de elaboração normativa, quanto de atividade jurisdicional envolvendo a disciplina dessas atividades verificou-se até pelo menos meados dos anos 80;

⁸²⁰ BOUAL, Jean-Claude. Services d'intérêt général et projet européen de société. In: VINCENT, Gilbert (Org.) **Services publics**: solidarité et citoyenneté. Paris: L'Harmattan, 1998. p. 90.

- b) uma segunda fase, da **redescoberta** do artigo 90, tem início com a introdução de reformas para liberalização no setor público, encabeçadas pela abertura no campo das telecomunicações. O moto desse período era a redução dos monopólios públicos;
- c) a terceira fase caracteriza-se pela **polêmica** em torno das medidas comunitárias para liberalização dos serviços públicos de titularidade estatal. Surgiu a organização *Réseux 2010* e consolidou-se a mobilização francesa contra o enfoque excessivamente concorrencial dado ao setor pelas diretivas da Comunidade Européia. As pressões acabam provocando uma tomada de consciência da relevância do art. 86, § 2º no âmbito da Corte de Justiça, bem como uma “semi-revisão” do Tratado da Comunidade Européia através das modificações acolhidas pelo Tratado de Amsterdã;
- d) o quarto período, que chamo de fase da **harmonização**, tem se verificado desde meados dos anos 90, especialmente após a edição da primeira Comunicação sobre os serviços de interesse geral, em 1996, atualizada em 2000, e a inserção do art. 16º no Tratado da Comunidade Européia, em 1997.

16. A inserção no Tratado da Comunidade, alterado em Amsterdã, de um dispositivo que reconhece a relevância do papel que os serviços de interesse econômico geral desempenha para a coesão social e territorial é um significativo sinal de consagração de uma herança da noção de serviço público no âmbito comunitário.

17. Pode-se inferir então que a noção francesa de serviço público foi integrada ao direito comunitário por via das novas noções: serviço de interesse geral, serviço de

interesse econômico geral e serviço universal. Isso não significa que não exista mais um conceito de serviço público, mas que ele sofreu adaptações necessárias⁸²¹ a sua manutenção na nova ordem jurídica comunitária.

18. A noção de serviço de interesse geral incorpora uma concepção material, funcional ou ainda, objetiva de serviço público. Isso significa que o aspecto subjetivo perde em relevância para o reconhecimento do instituto. Importa apenas que se trate de uma atividade material que persegue o fim de interesse público. Outro dado importante dessa nova concepção é a sua relativa indiferença quanto à questão do regime jurídico da atividade prestada. Para o direito comunitário o regime jurídico tornou-se uma opção que o legislador faz no momento em que identifica uma dada atividade como de interesse geral. Nesse sentido Nicoleta RANGONE afirma: “A peculiaridade do novo contexto comunitário é constituída do fato de que os objetivos a serem atingidos pelo serviço público (continuidade, igualdade de tratamento e adequação às necessidades) não necessitam de um regime especial”⁸²².

19. Já a noção de serviço universal é uma sub-espécie dos serviços de interesse econômicos geral e agrega os princípios gerais do serviço público (continuidade, igualdade e adaptabilidade). Diferencia-se dos serviços de interesse econômico pela submissão a um regime especial que se justifica pelo fato de que somente o serviço universal é o verdadeiro instrumento da concretização da solidariedade social⁸²³.

⁸²¹ Nesse sentido, confira-se a conclusão sempre precisa de: Jacques CHEVALLIER: “O processo em curso não significa o abandono, mas a adaptação de uma noção que parece ser inerente à concepção francesa de Estado”. (CHEVALLIER, *La place du ...*, p. 35).

⁸²² RANGONE, op. cit., p. 240.

⁸²³ Ibid., p. 243.

Portanto, pode-se concluir que é uma noção que recobre apenas uma faceta da concepção francesa de serviço público.

20. Não se pode ignorar que os serviços públicos considerados tanto sob o aspecto orgânico, sob a acepção material, quanto sob a acepção de regime jurídico, têm sofrido uma inquestionável transformação. Constata-se que em verdade apenas a acepção funcional parece sobreviver às transformações. A noção orgânica de serviço público parece, pouco a pouco, relegada a um momento histórico passado. O serviço público não é mais reconhecido pela titularidade pública do seu prestador, nem o regime jurídico a que submete é um indicador de que se está diante de tal instituto. Quem define quais são os serviços que se revestem de interesse público é o legislador que tem a opção de escolher não só o regime sob o qual se organizará a atividade, mas também se será desempenhado por um particular ou um ente público. Ganha força uma concepção material ou funcional, que faz reacender não somente a sua própria importância, mas a relevância da idéia de interesses públicos. Surgem outros fundamentos para a manutenção de idéia de serviço público, independente de sua denominação comunitária.

21. Tem-se firmado a inovadora tese de que o serviço público pode ser prestado indiferentemente por um ente público quanto privado, mas que “não pode mudar de destinatário”⁸²⁴. Isso significa que o aspecto teleológico da atividade não

⁸²⁴ DERANI, Crisitiane. **Privatização e serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 76.

mudou, não deve mudar, ainda que o cidadão, o indivíduo seja denominado usuário, cliente⁸²⁵ ou consumidor.

22. As reformas de Estado, que se proliferam pelos países de economia ocidental onde o modelo de Bem-Estar se havia bem conformado, transformam a realidade dos serviços públicos. As inovações tecnológicas sofisticaram as exigências da vida moderna e impulsionaram as empresas, outrora estatais, prestadoras de serviços públicos para o universo concorrencial. Reduziram-se os monopólios, instaurou-se o regime de livre mercado e, por um instante, a euforia com a ilusão de que a concorrência tudo supriria desencadeou uma realidade quase que incompatível com a noção de serviço público. Essa problemática é apenas uma das facetas da crise de desestabilização por que passa o direito administrativo, vez que reduzir a atividade estatal significa reduzir o âmbito de aplicação do direito administrativo.

23. Apesar desse cenário aparentemente avesso à preservação da idéia de serviço público, surge uma nova abordagem do tema⁸²⁶ que recupera um aspecto de sua relevância para construção de uma solidariedade social e de uma coesão social. Essa nova forma de se compreender os serviços públicos implica na recondução desse

⁸²⁵ Para uma análise aprofundada sobre o tema do destinatário dos serviços públicos, sugere-se a leitura de: QUATREBARBES, Bertrand de **Usagers ou clients?** 2. ed. Paris: Éditions d'Organisation, 1998. Nesta obra o autor faz uma abordagem dos services públicos em face da modernização por que passam e sugere a criação de órgãos observatórios da qualidade dos serviços e de sua transparência, bem como a criação de órgãos que permitam o diálogo entre usuários ou clientes com os prestadores desses serviços.

⁸²⁶ Entre nós parece que vem ganhando adeptos. Em recente trabalho Cristiane DERANI adere a uma concepção de serviço público que se reporta à noção de DUGUIT. Confira-se as palavras da autora sobre serviços públicos econômicos na seguinte passagem: “Estes serviços devem ser compreendidos como atividades de interesse coletivo e são definidos e disciplinados pelo direito, agindo na sociedade para a sua coesão. Não é, frise-se, qualquer coesão social que é buscada pelo serviço público, mas aquela fundada na solidariedade social, conforme dispõem os princípios da Constituição de 1988.” (DERANI, op. cit., p. 16). Também consulte-se: CHEVALLIER, **Le service** ..., p. 119 et seq.

instituto tipicamente de direito administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano do direito constitucional. Essa ponderação se faz em face da constatação de que os serviços públicos estão umbilicalmente unidos aos princípios emanados constitucionalmente.

24. Dentre esses princípios está o da dignidade humana que, já se disse entre nós, “é o princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras”⁸²⁷. DUGUIT, no início do século XX já havia percebido essa questão fundamental ao admitir que os homens têm direitos, que devem ter origem social e que “são inerentes a sua personalidade, de sua ‘eminente dignidade’”⁸²⁸. Adiante, o autor acrescenta: “Em todas as formas de grupamentos humanos, há apenas uma realidade, a pessoa humana...”⁸²⁹

25. O reconhecimento e o respeito ao acesso aos serviços de interesse geral implica na proteção à dignidade da pessoa humana na medida em que a obrigação de garantir serviços universais está vinculada ao suprimento de necessidades vitais do ser humano. Algumas dessas necessidades demandam bens econômicos tais como a energia elétrica, a comunicação (telecomunicações e internet, mais modernamente) e o transporte. As necessidades vitais podem ser supridas pela garantia ao serviço mínimo, a que todos os cidadãos podem ter acesso. Ou seja, a dignidade da pessoa humana está sendo respeitada quando assegurado está o serviço universal. Quando o Estado, no caso dos membros da União Européia, define internamente quais são os serviços de

⁸²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *RTDP*, n. 26, p. 125, 1999.

⁸²⁸ DUGUIT, *L'État* ..., p. 15.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 80.

interesse geral, delimita um setor cujo núcleo se relaciona com a tutela da dignidade da pessoa humana.

26. Derivam desse princípio fundamental e dele são indissociáveis, os princípios da liberdade, da igualdade e da solidariedade. Todos esses princípios estão também vinculados em certa medida ao conceito de serviço público (como decorrência dos postulados revolucionários) e ao novo conceito de serviço de interesse geral de origem comunitária. O princípio da liberdade tem uma acepção bastante ampla, mas interessa aqui justamente o seu vínculo com a liberdade de empresa, que impõe a busca dos objetivos de interesse geral pela via do livre jogo de mercado. A igualdade como postulado geral do direito impõe, na matéria relativa ao serviço de interesse geral, a garantia da igualdade de acesso a esses serviços bem como a igualdade de tratamento perante os seus gestores.

27. Por último, o não menos relevante princípio da solidariedade. Que pode significar solidariedade no contexto dos serviços de interesse geral? Pode-se chegar a uma resposta adequada com um retorno à doutrina de Léon DUGUIT. Já se disse anteriormente que, para DUGUIT, os serviços públicos representavam no plano jurídico a idéia de solidariedade social. DUGUIT afirma que “a solidariedade é indiretamente o fundamento de uma regra de conduta...”⁸³⁰. Isso significa que o homem é “convidado” a contribuir individualmente, abandonando alguns de seus interesses particulares, “conciliando o egoísmo com o altruísmo” para a construção da

⁸³⁰ DUGUIT, *L'État* ..., p. 24.

sociedade. Daí, poder-se concluir que a interdependência social, gerada pela solidariedade social, é o fundamento principal para existência dos serviços públicos.

28. Se é verdade que “a personalização do direito administrativo envolve a superação de concepções meramente técnicas, para assumir o enfoque ético”⁸³¹, consoante conclui de Marçal JUSTEN FILHO, pode-se afirmar, na mesma esteira, que a fim de que o conceito de serviço público continue existindo, ele deve assumir uma conotação ética que envolve muito mais do que o dever de fazer chegar ao cidadão uma prestação material de serviços. Deve incorporar na base do conceito a vinculação inafastável ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana.

29. Infere-se daí que a relação entre o serviço público, o interesse público, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana deve ser sopesada cada vez que o tema de serviço público for objeto de transformações de ordem política ou econômica. Isso porque a lógica da concorrência, com todo o seu valor e eficiência, não pode prevalecer sobre a lógica da proteção ao ser humano.

⁸³¹ JUSTEN FILHO, *Conceito de ...*, p. 129.

REFERÊNCIAS

ALCAZAR, Mariano Baena del. Pour une exegese doctrinale de l'article 7D du traité d'Amsterdã. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam**. Limoges: PULIM, 1999. p. 29-36.

ALESSI, Renato. **Principi di diritto amministrativo**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1970. t. 1.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As agências reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 786, p. 11-56, abr. 2001.

AUBY, Jean-Marie; DUCOS-ADER, Robert. **Grands services publics et entreprises nationales**. Paris: PUF, 1970.

AUSTIN, Rodney. Administrative law's reaction to the changing concepts of public service. In: LEYLAND, Peter (Org.); WOODS, Terry (Org.). **Administration law facing the future: old constraints & new horizons**. London: Blackstone, 1997. p. 1-34.

_____. Le concept de service public en droit britannique. In: GRARD, L. (Org.); VANDAMME, J. (Org.); MENSBRUGGHE, F. van der (Org.). **Vers un service public européen, vers un service public européen**. Paris: ASPEurope, 1996. p. 133-162.

AUTEXIER, Christian. **Introduction au droit public allemand**. Paris: PUF, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Mercosul e a importância do direito comunitário emergente. **RTDP**, São Paulo, n. 18, p. 28-33, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. _____. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: RT, 1968.

BAUBY, Pierre. **Le service public**. Paris: Flammarion, 1997.

_____. Rapport introductif. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La cohesion territoriale et les services publics en Europe: interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam**. Limoges: Pulim, 1999. p. 17-22.

_____; BOUAL, Jean-Claude. La prise en compte de la notion de "service public" dans la construction européenne. In: WARIN, Phillippe (Org.). **Quelle modernisation des services public**. Paris: Découverte & Syros, 1997. p. 309-332.

BAUER, Hartmut. La discussione sulla riforma del diritto amministrativo nella dottrina tedesca. **Diritto Pubblico**, Padova, n. 1, p. 181-208, jan./abr. 1999.

BELL, John. L'expérience britannique. **AJDA**, Paris, numéro especial, p. 130-142, jun. 1997.

_____. John; KENNEDY, T. P. La notion de service public au Royaume-Uni et en Irlande. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 225-258.

BELORGEY, Jean-Michel. Service public et droit communautaire. **AJDA**, Paris, numéro especial, p. 35-47, jun. 1996.

BENOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, 1968.

BETTONI, Giuseppe; RUFFINI, Renato. Services publics, cohésion sociale et analyse géopolitique. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam**. Limoges: PULIM, 1999. p.167-174.

BLANDIN, Annie. L'équilibre entre service universel et concurrence dans le regime juridique communautaire de telecommunications. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communnauté: entre l'itérêt general et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 103-114.

BORJA, Jordi; SERRA, Albert. Les services publics en Espagne. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diveristé des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 215-234.

BOUAL, Jean-Claude. Le débat européen sur les services publics et les réseaux. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diveristé des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 85-106.

_____. Services d'intérêt général et projet européen de societé. In: VINCENT, Gilbert (Org.) **Services publics: solidarité et citoyenneté**. Paris: L'Harmattan, 1998. p. 77-97.

BUREAU, Dominique. Les recommandations du rapport nora trente ans après. In: CONSEIL D'ANALYSE ECONOMIQUE. **Service public: secteur public**. Paris: La documentation française, 1997. p. 79-92.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Les mutations qui affectent le service public dans le droit public espagnol. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communauté: entre l'intérêt général et le marché.** Paris: La documentation française, 1998. t. 2, p. 5-25.

BURNHAM, June. L'article 7D: méconnaissance, malentendu, mépris. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam.** Limoges: PULIM, 1999. p. 23-28.

BURNHAM, June. Rapport Introductif. In: PAULIAT, Hélène (Org.). **La Cohesion territoriale et les services publics en Europe: Interprétation et portée de l'article 7D du Traité d'Amsterdam.** Limoges: PULIM, 1999. p. 177-193.

CAIA, Giuseppe. La disciplina dei servizi pubblici. In: MAZZAROLLI, L. (Org.) et al. **Diritto amministrativo.** 2. ed. Bologna: Monduzzi, 1998. p. 917-968.

CARDOSO, Fernando Henrique. Discurso de Natal. In: **Folha de S.Paulo**, 25 dez. 2000. p. A. 6.

CASSESE, Sabino. Les services publics en Italie. In: EUROPE, concurrence et service public. Bruxelles: Masson/Armand Colin, 1995. p. 109-119.

_____. L'expérience italienne. **AJDA**, Paris, numéro especial, p. 143-149, jun. 1997.

_____. **La nuova costituzione economica.** Roma: Laterza, 2000.

CATTANEO, Salvatore. Servizio pubblico. In: ENCLICLOPEDIA del diritto. Paris: Giuffrè, 1990. v. 42, p. 355-374.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion social et territoriale. **AJDA**, Paris, n. 12, p. 959-971, 1999.

CHAPUS, René. **Droit administratif général.** 6. ed. Paris: Montchrestien, 1992. t. 1.

_____. Le service public et la puissance public. **RDP**, Paris, v. 2, n. 84, p. 235-282, 1978.

CHARLIER, R.-È. Service public. In: WALINE, Marcel (Org.); ODENT, Raymond (Org.). **Répertoire de Droit Public et Administratif.** Paris: Dalloz, 1959. t. II, p. 867-872.

CHÉROT, Jean-Yves. L'article 90, paragraphe 2, du traité de Rome et les entreprises de réseau. **AJDA**, Paris, n. 3, p. 171, 1996.

_____. L'article 90, paragraphe 2, du traité CE après les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 octobre 1997 sur les monopoles d'importation d'électricité, In: **RFD adm.**, v. 14, n. 1, p. 135-146, jan./fev. 1998.

CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*. 4. ed. Paris: PUF, 1997. (Que sais je?, v. 2359).

_____. Regards sur une évolution. **AJDA**, Paris, numéro especial, p. 8-15, jun. 1997.

_____. La place du service public dans l'univers juridique contemporain. In: ROUBAN, Luc (Org.). **Le service public en devenir**. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 21-35.

CHRÉTIEN, Patrice; DUPUIS, Georges; GUÉDON, Marie-José. **Droit administratif**. 6. ed. Paris: Armand Colin-Dalloz, 1999.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo**. Campinas: Julex, 1988.

COMUNICAÇÃO sobre serviço de interesse geral, n. 580/2000. Disponível em <http://www.europa.eu.int>> Acesso em: 18 jan. 2002.

CORAIL, Jean-Louis. L'approche fonctionnelle du service public: sa réalité et ses limites. **AJDA**, Paris, numéro especial, p. 20-28, jun. 1997.

CRAIG, Paul P. **Administrative law**. 4. ed. London: Sweet & Maxwell, 1999.

CUÉTARA, Juan Miguel de la. Perspectivas de los servicios públicos españoles. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MIÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 68.

D'ALBERTI, Marco. Lo stato e l'economia in Giannini. **Revista Trimestrale di diritto pubblico**, Giuffrè, n. 4 (especial sobre a vida e obra de M. S. Giannini), p. 1087- 1110, 2000.

DE VALLES, Arnaldo. I servizi pubblici. In: ORLANDO, V. E. (Org.). **Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano**. Milão: [s.n.], 1930.

_____. **Elementi di diritto amministrativo**. Padova: Cedam, 1951.

DEBÈNE, Marc; RAYMUNDIE, Olivier. Sur le service universel: renouveau du service public ou nouvelle mystification? **AJDA**, Paris, n. 3, p. 183-201, 1996.

DEGREMONT, Alain. La modernisation des services publics en France enjeux économiques et sociaux. In: VINCENT, Gilbert (Org.). **Services publics: solidarité et citoyenneté**. Paris: L'Harmattan, 1998. p. 58-75.

DENOIX DE SAINT MARC, Renaud. **Le service public, rapport au premier ministre**. Paris: La documentation Française, 1996.

DERANI, Crisitiane. **Privatização e serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DELVOLVÉ, P. et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 10. ed. Paris: Dalloz, 1993.

_____. _____. 12. ed. Paris: Dalloz, 1999.

DEWOST, Jean-Louis. Service public et droit communautaire: principes de base. In: EUROPE, concurrence et service public. Bruxelles: Masson/Armand Colin, 1995. p. 153-162.

DI GASPARE, Giuseppe. **Servizi pubblici locali in trasformazione**. Padova: Cedam, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUGUIT, León. **L'État: le droit objectif et la loi positive**. Paris: A. Fontemoing, 1901.

_____. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Fontemoing, 1911. t. 1.

_____. _____. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. t. 2.

_____. **Les transformations du droit public**. Paris: La memoire du droit, 1999.

EISENMANN, Charles. **Cours de droit administratif**. Paris: L. G. D. J., 1982. t. 1.

ESPLUGAS, Pierre. **Le service public**. Paris: Dalloz, 1997.

FABIAN SOCIETY. **Microsoft encarta online encyclopedia, 2000**. Disponível em: <<http://encarta.msn.com>> Acesso em: 03 out. 2000.

_____. **The New Enciclopedia Britannica**. 15. ed. Chicago, London, 2002, v. 4, p. 647-648.

FALLA, Garrido. El concepto de servicio publico en derecho español. **RAP**, Madri, n. 135, p. 7-36, 1994.

_____. Le concept de service public en droit espagnol. In: GRARD, L. (Org.); VANDAMME, J. (Org.); MENSBRUGGHE, F. van der (Org.). **Vers un service public européen**. Paris: ASPEurope, 1996. p. 81-115.

FAULKNER, David. Public services, citizenship and the state: the british experience 1967-97. In: FREELAND, Mark (Org.); SCIARRA, Silvana (Org.). **Public services and citizenship in european law**. Oxford: Claredon, 1998. p. 35-56.

FAVOREU, Louis. Service public et constitution. **AJDA**, Paris, número especial, p. 16-19, jun. 1997.

FERLIE, Ewan et al. **A nova administração pública em ação**. Tradução de: Sara Rejane de Freitas Oliveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília: ENAP, 1999.

FERNANDEZ, Tomás R. Empresa pública y servicio público: el final de una época. **CIVITAS: Revista española de Derecho Administrativo**, n. 89, p. 37-48, jan./mar. 1996.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**. Torino: Giappichelli, 1992.

FIQUET, Alain. Vers une reconciliation entre l'Europe et les services publics: l'exemple de l'électricité. **AJDA**, Paris, n. 11, p. 864-882, 1998.

FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelles: É. Bruylant, 1969.

FRANCHI, Giuseppe. Contenzioso amministrativo. In: ENCLICLOPEDIA del diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 4, p. 614-630.

FRESA, Carlo. Servizio pubblico. In: GUARINO, G. (Coord.). **Dizionario amministrativo**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1983.

FROMONT, Michel; RIEG, Alfred. **Introduction au droit allemand**. Paris: Éditions Cujas, 1977. t. 1.

_____; _____. _____. Paris: Éditions Cujas, 1984. t. 2.

GALETTA, Diana-Urania. **Principio di Proporzionalità e Sindacato Giurisdizionale nel Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1998.

GARCIA, Elisenda Malaret. L'expérience espagnole. **AJDA**, Paris, número especial, p. 136-142, jun. 1997.

GAUDEMET, Yves. Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale. In: TESAURO, Giuseppe; D'ALBERTI, Marco. **Regolazione e concorrenza**. Bologna: Il Mulino, 2000. p. 49-64.

GAVALDA, Christian.; PARLEANI, Gilbert. **Droit des affaires de L'union européenne**. 2. ed. Paris: Litec, 1998.

GAZIN, Fabienne. La conception communautaire de l'intérêt général dans le droit des services publics. In: KOVAR, R. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire**: Les grands textes, travaux de la CEDECE. Paris: La documentation française, 1996. p. 49-70.

GENTOT, Michel. **Les autorités administratives indépendantes**. 2. ed. Paris: Montchrestien, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1970.

_____. **Diritto pubblico dell'economia**. Bologna: Il Mulino, 1995.

GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo Maillo. Beyond the scope of article 90 of the EC Treaty: activities excluded from the EC Competition Rules. **European Public Law**, Londres, v. 5, n. 3, p. 387-404, set. 1999.

GONZÁLES-VARAS, Santiago. Public service: the challenge. **European Review of Public Law/Revue Européenne de Droit Public**, Paris, v. 10, n. 2, p. 327-339, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GREER, Patricia. **Transforming Central Government**: The Next Steps Initiative, Buckingham – Philadelphia: Open University, 1994.

GUGLIELMI, Gilles J. **Introduction au droit des services publics**. Paris: L. G. D. J., 1994.

HANZEN, Jean Pierre. Le service public et la nouvelle donne européenne. In: CHEVALIER, Jean-Marie (Org.) et al. **L'idée de service public est-elle encore soutenable?** Paris: PUF, 1999. p. 213-220.

HARLOW, Carol. Public service, market ideology, and citizenship. In: **PUBLIC services and citizenship in european law**. Oxford: Clarendon, 1998. p. 49-56.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et droit public**. 10 ed. Paris: Sirey, 1921.

HENRY, Claude. **Concurrence et services publics dans l'Union Européenne**. Paris: PUF, 1997.

HONORAT, Edmond. La notion d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes. In: CONSEIL D'ÉTAT, **Rapport public 1999 – jurisprudence et avis de 1998 – l'intérêt général**. Paris: La documentation française, 1999. p. 387-396. (Études & documents, v. 50).

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. 2.

JIMENEZ-BLANCO, Antonio. Les services publics en Espagne. In: EUROPE, concurrence et service public. Bruxelles: Masson/Armand Colin, 1995. p. 163-175.

JUSTEN FILHO, Marçal. União Européia: a esperança de um mundo novo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, n. 12, p. 65-125, 1999.

_____. **Concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. **RTDP**, n. 26, p. 115-136, 1999.

KOVAR, Robert. Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée. **RTD eur**, Paris, v. 2, n. 32, p. 215-242, abr./jun. 1996.

_____. Droit communautaire et service public: esprit d’orthodoxie ou pensée laïcisée (cont.). **RTD eur**, Paris, v. 2, n. 33, p. 493-533, jul./set. 1996.

_____. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire: les grands textes, travaux de la CEDECE**. Paris: La documentation française, 1996.

LANDI, Guido. Consiglio dello stato. In: ENCICLOPEDIA dell diritto. Milão: Giuffrè, 1961. v. 9, p. 294-305.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. **Traité de droit administratif**. 15. ed. Paris: L. G. D. J., 1999. t. 1.

_____. Les doyens Maurice Hauriou et Léon Duguit. In: PAGES de doctrine. Paris: L. G. D. J., 1980. t. 1, p. 11-41.

_____. Révalorisations recentes de la nontion de service public. In: PAGES de doctrine. Paris: L. G. D. J., 1980. t. 2, p. 219-237.

LE COSTITUZIONI dei Paesi dell’Unione Europea. 2. ed. Padova: Cedam, 2001.

LEGENDRE, Pierre. **Trésor historique de L’état en france: L’administration classique**. Paris: A. Fayard, 1992.

LEYLAND, Pilles; WOODS, Terry. **Administrative law facing the future: old constraints & new horizons**. London: Blackstone, 1997.

LONG, Marceau. et al. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 12. ed. Paris: Dalloz, 1999.

MACLOUF, Pierre. La place du service public dans la théorie de l'État en RFA. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pierre (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence.** Paris: La documentation française, 1997. p. 173-184.

MAMELI, Barbara. **Servizio pubblico e concessione.** Milão: Giuffrè, 1998.

MARCOU, Gérard. I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca. **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milão, n. 1, p. 125-147, 2000.

_____. De l'idée de service public au service d'intérêt general. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans les droits des États de l'Union Européenne.** Paris: L'Harmattan, 2001. p. 365-411.

_____. Les services publics en droit allemand. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans les droits des États de l'Union Européenne.** Paris: L'Harmattan, 2001. p. 83-192.

MARÍN, Carmem Chinchilla. **La radio-televisión como servicio público esencial.** Madrid: Tecnos, 1988.

MARTÍNEZ, Juan Miguel de la Cuétara. Los servicios públicos nacionales e internacionales en la construcción de Europa. In: ACTUALIDADES y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid: Complutense, 1992. v. 2, p. 1365-1375.

MARTÍNEZ MARÍN, Antonio. La evolución de la teoría del servicio público en la doctrina española. In: ACTUALIDADES y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX. Madrid: Complutense, 1992. v. 2, p. 1377-1400.

MAURER, Hartmut. **Droit administratif allemand.** Paris: L. G. D. J., 1995.

MENET-GENTY, Janine. Les services public. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence.** Paris: La documentation française, 1997. p. 125-154.

MERUSI, Fabio. Servizio pubblico. In: NOVISSIMO digesto italiano. 1970. v. XVII, p. 215-221.

MERUSI, Fabio. **I servizi pubblici instabili.** Bolonha: Il Mulino, 1990.

MESCHERIAKOFF, Alain-Serge. **Droit des services publics.** 2. ed. Paris: PUF, 1997.

_____. L'arrêt du Bac d'Eloka, légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique. **RDP**, Paris, n. 104, p. 1059-1081, jul./ago. 1988.

MESTRE, Jean-Louis. **Introduction historique au droit administratif français**. Paris: PUF, 1986.

MODERNE, Franck. Les mutations des services publics en droit français. In: **SERVICE public et communauté européenne: entre l'intérêt général et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 1.

_____. Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 9-82.

_____. La notion de service public en Espagne. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001. p. 313-364.

MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des états de l'Union Européenne**. Paris: L'Harmattan, 2001.

MONCADA, Luís Cabral de. **Direito econômico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988.

MONTESI, Silvia. Lo stato monopolista: servizi pubblici e attività "sociale". In: GIUSTI, Mauro. (Org.). **Diritto pubblico della economia**. 2. ed. Padova: Cedam, 1997. p. 275-298.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MOREAU, Jacques. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1989.

MORENILLA, Jose Maria Saurirón. **La actividad de la administración y el servicio público**. Granada: Comares, 1998.

MUNICIPALIZZAZIONE. In: BOZZI, Giuseppe. **ENCICLOPEDIA del diritto**. Milão: Giuffrè, 1977. v. 27, p. 363-386.

MUSSELLI, Lucia. Direttive Comunitarie e creazione amministrativa di un mercato nei servizi pubblici. **Rivista de Diritto Amministrativo**, Milão, n. 1, p. 79-139, 1998.

OBERDORFF, Henri. Signification de la notion de "service public à la française". In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communauté: entre l'intérêt général et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 2, p. 89-102.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Economía y estado: crisis y reforma del setor público**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

_____. **Principios de derecho público económico**. Granada: Comares, 1999.

_____. Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. In: ORTIZ, Gaspar Ariño; CUÉTARA, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 17-54.

_____.; AGUILERA, Lucía; CUÉTARA, Juan Miguel de la. **Las telecomunicaciones por cable**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

_____.; CUÉTARA, Juan Miguel de la; LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. Martínez. **El nuevo servicio público**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

PALICI DI SUNI PRAT, Elisaertta; CASEELLA, Fabrizio; COMBA, Mario. **Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea**. 2. Ed. Padova: Cedam, 2001.

PASCAL, Lauren. Commission européenne, Cour de Justice et service public. In: KOVAR, R. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire: les grands textes, travaux de la CEDECE**. Paris: La documentation française, 1996. p. 103-120.

PERFETTI, Lucca. Servizi di interesse económico generali e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale, Del 20 settembre 2000). **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, Milão, p. 479-494, 2001.

PERONGINI, Sergio. **Profili giudici dell'organizzazione amministrativa dei länder nella Republica Federale di Germânia**. Roma/Napoli: Scientifiche Italiane, 1987.

PERNET, Michel. Origine et dynamique des services publics allemands. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diveristé des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 155-172.

PETOT, Jean. Quelques remarques sur les notions fondamentales du droit administratif français. **RDP**, Paris, v. 81, n. 3, p. 369-398, 1965.

PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit**. Paris: L. G. D. J., 1972.

PONTIER, Jean-Marie. **Les services publics**. Paris: Hachette, 1996. (Les fontamentaux).

POTOTSCHNIG, Umberto. **I pubblici servizi**. Padova: CEDAM, 1964.

QUATREBARBES, Bertrand de **Usagers ou clients?** 2. ed. Paris: Éditions d'Organisation, 1998.

QUIN, Claude. Les nouvelles dimensions du service public en Europe. In: _____ (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence.** Paris: La documentation française, 1997. p. 255-268.

RAINAUD, Jean Marie. **La crise du service public français.** Paris: PUF, 1999.

RANGONE, Nicoletta. **I servizi pubblici.** Bologna: Il Mulino, 1999.

RESOLUÇÃO do Parlamento europeu de 10 de outubro de 1995, acerca de energia elétrica. In: KOVAR, R. (Org.); SIMON, D. (Org.). **Service public et droit communautaire: Les grands textes, travaux de la CEDECE.** Paris: La documentation française, 1996. p. 239.

RESOLUÇÕES do Conselho nº 93/C 213/01, 94/C 48/06, 94/216. Disponível em <http://www.europa.eu.int>> Acesso em: 18 jan. 2002.

RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif. **RDP**, Paris, n. 59, p. 279-296, 1953.

_____. Hauriou et l'avènement de la notion de service public. **Mélanges Mestre.** Paris: Sirey, 1956.

_____. **Droit administratif.** 13. ed. Paris: Dalloz, 1990.

_____; WALINE, Jean. **Droit administratif.** 17. ed. Paris: Dalloz, 1998.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1996.

SABBIONI, Paolo. Le service public et l'État de droit en Italie. In: MODERNE, Franck (Org.); MARCOU, Gérard (Org.). **L'idée de service public dans le droit des États de l'Union Européenne.** Paris: L'Harmattan, 2001. p. 259-312.

SALOMONI, Jorge. **Teoria geral dos serviços públicos.** Buenos Aires: AD-HOC, 1999.

SÁLVIA, Filipo. Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa. In: **Diritto Pubblico.** Padova: Cedam, v. 2., p. 535, 2000.

SCHWARZE, Jürgen. Le service public: l'expérience allemande. **AJDA**, Paris, número especial, p. 150-158, jun. 1997.

SFEZ, Lucien. **Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français**. Paris: L. G. D. J., 1966.

SIMON, Denys. Les mutations des services publics du fait des contraintes du droit communautaire. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communauté: entre l'intérêt général et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 65-98.

STOFFAËS, Christian. **Services publics: question d'avenir**. Paris: Odile Jacob; La documentation française, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na esfera do direito global. In: **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 157-169.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAYLOR, Graham. **State regulation & the politics of public service: the case of the water industry**. London: Mansel, 1999.

TESAURO, Alfonso. **Istituzioni di diritto pubblico**. Torino: Torinese, 1961. v. 2.

TETTINGER, Peter J. Les services publics dans la conception du droit allemand. In: GRARD, L. (Org.); VANDAMME, J. (Org.); MENSBRUGGHE, F. van der (Org.). **Vers un service public européen, vers un service public européen**. Paris: ASPEurope, 1996. p. 36-80.

TRIANAFYLLOU, Dimitris. Les mutations de la notion de service public en droit comparé. In: KOVAR, Robert (Org.); SIMON, Denys (Org.). **Service public et communauté: entre l'intérêt général et le marché**. Paris: La documentation française, 1998. t. 1, p. 33-64.

_____. L'encadrement communautaire du financement du service public. **RTD eur**, Paris, v. 35, n. 1, p. 229-247, jan./mar. 1999.

TRUCHET, Didier. Nouvelles récentes d'un illustre vieillard: label de service public et statut du service public. **AJDA**, Paris, n. 7-8, p. 427-439, 1982.

TULUMELLO, Giovanni. Privatizzazione dei servizi pubblici e problemi di tutela giurisdizionale. **Revista Contratto e Impresa**, Padova, v. 4, n. 1, 386-428, 1999.

VAN LANG, Agathe. GONDOUIN, Geneviève. INSERGUET-BRISSET, Veronique. **Dictionnaire du droit Administratif**. 2. ed. Paris: Armand Colin/Dalloz, 1999

VARIN, Katherine. Les services publics au Royaume-Uni. In: QUIN, Claude (Org.); JEANNOT, Pilles (Org.). **Un service public pour les européens: diversité des traditions et espaces de convergence**. Paris: La documentation française, 1997. p. 185-214.

VEDEL, Georges. Service public "à la française" Oiu. Mais lequel? **Le Monde**, Paris, 22 dez.1995.

_____; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit administratif**. Paris: PUF, 1992. t. 1.

_____; _____. _____. Paris: PUF, 1992. t. 2.

VILHAÇA, José Luís; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. 2. ed. **Tratado de Amsterdão**. Coimbra: Almedina, 1998.

VLACHOS, Georges. **Droit économique français et communautaire**. Paris: A. Colin, 1996. p. 101 e ss.

VOISSET, Michele. Le service public autrement. In: L'IDEE de service public est-elle encore soutenable? Paris: PUF, 1999. p. 207-209.

_____. Le service public en France. In: EUROPE, concurrence et service public. Paris: Masson/Armand Colin, 1995. p. 120-130.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Milão: Giuffrè, 1959. v. 5.